Der Gegensatz und die Controversen
der Sabinianer und Proculianer im Anschluß an die Berichte der
Gaianischen und Justinianischen Institutionen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

eingereicht bei der

hohen juristischen Facultät

der Großherzogl. Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg

von

Ludwig Mai

aus Ludwigshafen a/Rh.

Ludwigshafen a/Rh.,
Buchdruckerei von Wilhelm Wörle.

1887

Des Verfassers Schrift: „Zusammenstellung aller durch Gaius und durch die Justinianischen Institutionen uns bekannten Controversen der Sabinianer und Proculianer," von der hohen Heidelberger Juristen-Facultät am 21. November 1885 gekrönt, wurde, entsprechend erweitert, vorliegender Inauguralabhandlung zu Grunde gelegt.

Seiner verehrten Tante

Frau Julia May in Philadelphia

in dankbarster Ehrerbietung

gewidmet

vom Verfasser.

Allgemeiner Teil.

§ 1.

Quellen.

Abgesehen von dem Bericht des vielleicht nicht mit Unrecht als Sectierer, und zwar als Sabinianer, erklärten[1] Juristen Pomponius in l 2 § 47 ff D. de origine iuris 1, 2, sind wohl die Gaianischen Institutionen als die vorzüglichste Quelle[2] für die innern Verhältnisse und für die Controversen der Sabinianer und Proculianer zu erachten:

Denn einerseits sind die wichtigeren Streitfragen der beiden Schulen von Gaius in seinen Institutionen ihrer Form und ihrem Inhalt nach sehr genau und eingehend behandelt, und andrerseits ist seine Autorität in Fragen, die die beiden Secten betreffen, nicht anzuzweifeln. Denn Gaius war als Sabinianer selbst an diesen Streitfragen activ beteiligt. Wenn nun gleich Gaius diese Eigenschaft als Sabinianer von manchen früheren Juristen bestritten wurde, wenn ihn auch manche sogar zu den Proculianern[3] zählten, so steht doch die These, daß er sich den Sabinianern angeschlossen, seit Auffindung der ächten Institutionen des Gaius nunmehr unbestritten da. An den verschiedensten Stellen[4] seiner Institutionen bezeichnet er sich nämlich als entschiedenen Anhänger der Schule des Capito.

---

[1]) Vgl. Dirksen, Beiträge zur Kunde des römischen Rechts I § 2 Anm. 6.

[2]) Vgl. Schrader, Was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch des Gaius Institutionen? S. 36.

[3]) C. O. A. Boeckelen, De diversis familiis veterum iurisconsultorum . . . . Praeter hosce et Ulpius Marcellus ex Proculi sectatoribus fuisse perhibetur . . . . . Titus quoque Gaius ex hac fuisse schola videtur: Stoicae enim doctrinae addictior fuit . . .

[4]) z. B. Gaius II § 195: In eo vero dissentiunt prudentes nam Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores . . . . . . Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores . . . . . Ebenso I § 196, III § 168 u. s. w.

Ein weiterer Grund, der uns gerade seine Nachrichten besonders wichtig erscheinen läßt, ist der, daß uns Gaius öfters die Entscheidungsgründe der Schulen angibt[5] und Folgerungen aus dem Lehrprincip derselben zieht.

In dem Justinianischen Rechtswerke ist wenig zu finden. Mit Ausnahme von einigen Controversen, die in den Institutionen angeführt werden,[6] kommen meistenteils nur verschiedene Excerpte aus Schriften von späteren Juristen, die nicht selbst Sectierer waren, in Betracht.

Das längere Zeit fast allgemein angenommene Märchen, daß die fünfzig Decisionen Justinians, in denen Controversen der veteres entschieden wurden, sich speciell auf die Streitfragen der Sabinianer und Proculianer bezogen haben,[7] ist mit Erfolg von Hugo[8] bekämpft und heute ganz aufgegeben worden.

§ 2.

Formelle Kennzeichen der Controversen.

Nicht alle Conrtoversen der beiden Schulen werden uns von den einzeln Berichterstattern in einer solchen Form überliefert, daß ihre Eigenschaft als specifische Schulencontroversen unbestreitbar daständе. Es ist deshalb die Frage nach den formellen Unterscheidungsmerkmalen der Controversen eine wohl berechtigte, wenn auch eigentümlicher Weise noch wenig behandelte. Näher berührt ist unsere Frage von Dirksen in seinen Beiträgen zur Kunde des römischen Rechts S. 13 ff.

Dirksen folgert die Anwesenheit einer Schulencontroverse

I. beim Gebrauch einer Collectivbezeichnung wie scholae iurisconsultorum; auctores scholarum; Proculiani; Sabiniani; Cassiani; nostri (praeceptores); eine solche Collectivbezeichnung ist es ihm auch, wenn mehrere entschiedene Teilnehmer derselben Secte nebeneinander genannt werden.

II. Unter Umständen auch aus der Anführung eines einzelnen Sectierers, wobei es jedoch zweifelhaft ist, ob nicht die Privatmeinung desselben gemeint sei. Was im einzeln Fall vorhanden, dafür lassen sich nur Wahrscheinlichkeitsgründe geben:

---

[5] z. B. Gaius II § 37 Idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur . . . . Ebenso II § 123; § 200; § 231; § 244; III § 141; IV § 78; § 79.

[6] z. B. § 25 Inst. II, 1; § 2 Inst. III, 23.

[7] Vgl. Merillius, Expositiones in L decisiones Justiniani.

[8] Vgl. Hugo, Geringer Einfluß der Sab. u. Proc. auf die 50 Decis. vgl. Puchta Inst. § 100.

1) nach der Person des Referenten, 2) nach der Form von dessen Bericht, 3) nach der Bezeichnung des Verhältnisses zwischen der Ansicht des einzelnen Sectierers und der Überzeugung andrer Juristen, 4) nach dem Princip der Praxis, 5) nach dem Gegenstand der aufgestellten Streitfrage.

Bezüglich einer jeden dieser letztern fünf Unterscheidungsmerkmale gibt uns Dirksen wiederum verschiedene Anhaltspunkte, ingemäßheit welcher im einzeln Fall entschieden werden soll, ob wir es jeweils mit einer specifischen Schulencontroverse zu thun haben.

Diese Theorie Dirksens berücksichtigt nicht nur die Ueberlieferungen, welche sich aus den Gaianischen und Justinianischen Institutionen ergeben, sondern auch die sonstwie überkommenen Berichte juristischer und nicht juristischer Schriftsteller. Es sind nun die Formen, in denen die einzeln Controversen von allen diesen Schriftstellern berichtet werden, so mannichfaltig, daß eine Theorie, wie sie Dirksen geben will, notwendiger Weise mehr auf die Materie als auf die äußere Form der Controversen zurückkommen mußte.

Für diese Specialabhandlung, die ja nur die Nachrichten in den Gaianischen und Justinianischen Institutionen umfassen soll, liegen nun die Umstände viel günstiger, weil Gaius sich strenge an bestimmte Formen und Gegenüberstellungen hält, welche auch in den wenigen Berichten der Justinianischen Institutionen beibehalten sind. Für unsere Zwecke sind nun folgende, von Gaius gewählte, formelle Gegenüberstellungen auseinander zu halten:

I. Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores — Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores.
II. Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores — diversae scholae auctores.
III. nostri praceptores — Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores.
IV. nostri praeceptores — diversae scholae auctores.
V. nostri praeceptores — Labeo et Proculus.
VI. Sabinus et Cassius — diversae scholae auctores.
VII. — — — — — diversae scholae auctores.

Die stärkste Form, die am deutlichsten den Gegensatz der beiden Schulen zum Ausdruck bringen soll, ist jedenfalls die erste. Gaius will vielleicht durch diese Ausdrucksweise andeuten, daß die Lehre, wie sie Sabinus und Cassius auf der einen, Nerva und Proculus auf der andern Seite aufgestellt, von allen nachfolgenden Lehrern der Schule ohne irgend welche Ausnahme aufrecht erhalten worden sei. Damit stimmt

auch überein, daß Gaius immer die Hauptvertreter der einzeln Schulen auf diese Weise besonders hervorhebt und nie andere Schulenrepräsentanten. Diese Ausdrucksweise findet sich jedoch nur an einer Stelle[1] und abgeschwächt noch an zwei andern,[2] wo der stärksten Form die schwächere „nostri praeceptores“ oder „diversae scholae auctores“ gegenübergestellt wird.

Es fragt sich nun: wie ist der von Gaius so oft gebrauchte Ausdruck „nostri praeceptores“ oder „diversae scholae auctores“ zu verstehen? Vielleicht dürfte folgende Vermutung — denn was die innern Verhältnisse der Schulen betrifft, kann von einer Gewißheit ja nicht die Rede sein — einige Wahrscheinlichkeit für sich haben:

Durch die Zugehörigkeit zu einer von beiden Secten erklärt der jeweilige Jurist jedenfalls doch nur, daß er den wissenschaftlichen Principien dieser Schule vor denen der entgegengesetzten den Vorzug gebe. Man kann aber nicht den Satz aufstellen, daß ein Sabinianer oder Proculianer mit allen Lehren, die seine Vorgänger in ihrer Eigenschaft als Sectierer aufgestellt, übereinstimmen müsse, namentlich bei solchen Sätzen, wo noch andere Ansichten zu berücksichtigen waren, als die der beiden Secten. Und so scheint mir denn Gaius mit dem Ausdruck „nostri praeceptores“ oder „diversae scholae auctores“ besagen zu wollen, daß, wenn auch der eine oder der andere Sabinianer oder Proculianer mit der von ihrer Schule aufgestellten Lehre nicht übereinstimmte, im Ganzen doch infolge der überwiegenden Mehrzahl derer, die an der adoptierten Lehre festhielten, von einer Sabinianischen oder Proculianischen Ansicht gesprochen werden könne. Ist dies jedoch auf einer der beiden Seiten nicht der Fall, so stellt Gaius den „diversae scholae auctores“, oder den „nostri praeceptores“ die Ansicht eines oder zweier Hauptvertreter der andern Schule gegenüber, und so erklärt sich die fünfte und sechste Form. Durch die siebte nur ganz selten gewählte Ausdrucksweise erklärt m. E. Gaius, daß die eine Secte zu keiner specifischen Schulenansicht gelangte, sondern sich der allgemeinen und geltenden Entscheidung anschloß.

Der Schulgegensatz.

§ 3.

Theorien, welche auf die Annahme eines einheitlichen wissenschaftlichen Gegensatzes verzichten.

Nicht so unbestritten wie die Zeit der Entstehung der beiden Schulen ist die Frage nach dem innern Grund derselben. Denn während

---

[1]) Vgl. Gaius II § 195.
[2]) Vgl. Gaius II § 15, IV § 79.

der zeitliche Ursprung der Secten fast allgemein auf die Wendung der Dinge unter Cäsar und Augustus zurückgeführt wird,[1] herrschten über das Problem, welche Bewandtniß es mit dem Gegensatze der von Labeo und Capito ausgehenden Richtungen habe, von jeher die verschiedensten Ansichten, und ist auch bis heute noch keine Einigung erzielt.

Zwei Richtungen sind es im wesentlichen, welche in dieser Lehre um den Sieg kämpfen — einen harten Kampf. Denn nicht geringfügige Momente bilden das Unterscheidungsmerkmal beider Richtungen, sondern es handelt sich geradezu um die Existenz und Lebensfähigkeit dieser Lehre. Je nachdem man sich nämlich einer derselben anschließt, muß man entweder dem Gegensatze jede eingehendere Bedeutung absprechen, oder ihm einen tiefen Einfluß auf die Gestaltung des römischen Rechts zuerkennen.

Ersteres ist nun der Fall, wenn man eine der Theorien anerkennt, welche auf die Annahme eines einheitlichen wissenschaftlichen Gegensatzes zwischen den Schulen verzichten zu müssen glauben. Diese Theorien stehen in einem solchen Zusammenhang, daß sie, in ihren Negationen sich überbietend, danach trachten, dem Schulgegensatz jede tiefere innere Bedeutung abzusprechen und auf factische äußere Verhältnisse zurückzuführen. Es sind dies im wesentlichen drei. Die erste[2] gemäßigtere führt, wenn auch nicht die Fortbildung, so doch wenigstens die Entstehung der Schulen auf einen innern Gegensatz zurück und sieht denselben in den entgegengesetzten politischen und philosophischen Principien ihrer Gründer. Die beiden andern halten sich ausschließlich an factische Umstände, indem die eine[3] das Verhältniß in Verbindung bringt mit den stationes ius publice docentium, die andere[4] nur eine Differenz über gewisse zweifelhafte Fragen untergeordneterer Natur anerkennt, die sich mehr durch Zufall als durch ein Princip fortgepflanzt haben.

I. Die erste Theorie geht von dem individuellen Zwiespalt aus, der ohne Zweifel in der politischen Führung der beiden Häupter der Schulen herrschte. Bezeichnend hierfür ist folgender Bericht in Tacitus Annalen

---

[1]) Vgl. Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 662; Kuntze, Instit. u. Gesch. des röm. Rechts S. 274.

[2]) Vgl. z. B. Boeckelen a. a. O. S. 23. Caeterum, quae Labeonem inter et Capitonem exstitere controversiae, maximam partem inde ortas suspicari licet, quod ingenio etiam erant quam dissimillimo Labeoquidem . . . .

[3]) Vgl. Bruns in v. Holtzendorff's Encycl. der Rtswiss. S. 94; Schrader a. a. O. S. 36 ff Bremer, die Rechtslehrer und Rechtsschulen im röm. Kaiserreich S. 9 ff.

[4]) Vgl. Pernice, M. A. Labeo I. S. 90 ff.; Esmarch, Röm. Rechtsgesch. S. 272, 273.

lib. 3 cap. 75: Et Capito Atejus, de quo memoravi, principem in civitate locum studiis civilibus assecutus, sed avo Centurione, Syllano patre Praetorio, consulatum ei acceleravit Augustus, ut Labeonem Antistium, eisdem artibus praecellentem, dignitate eius magistratus anteiret. Namque illa actas duo pacis decora simul tulit: Sed Labeo incorrupta libertate ob id fama celebratior, Capitonis, obsequium dominantibus magis probatur: illi, quod praeturam intra stetit commendatio ex iniuria, huic, quod consulatum adeptus odium ex invidia oriebatur.

Diese Charakteristik des Tacitus wird uns noch durch die verschiedensten Berichte juristischer und nicht juristischer Schriftsteller bestätigt.[5]

Nicht in demselben Maße jedoch, wie über die politischen Tendenzen der beiden Häupter, Labeo und Capito, eine allgemeine Ansicht unter den Juristen herrscht, ist dies bezüglich der philosophischen der Fall. Denn wenn auch in folge der sichern Berichte über Labeos philosophische Richtung von Allen bestimmt angenommen wird, daß das Haupt der Proculianer sich zum Stoicismus bekannte,[6] so ist dagegen bezüglich der Philosophie Capitos eine desto größere Meinungsverschiedenheit zu verzeichnen. Denn während Capito einerseits von Vielen zur Schule des Epikur gerechnet wird, von Andern wieder zur Akademie, so gibt es andrerseits auch Vertreter der Ansicht, die ihm jede Rücksichtnahme auf die Philosophie in Rechtssachen abspricht. Daß sich aber in den Ansichten und Entscheidungen Capitos höchst selten ein Anklang an die Stoische Philosophie findet, darüber herrscht Einstimmigkeit.

Auf diese beiden Verschiedenheiten der politischen und philosophischen Individualiät der Gründer der Schulen sich stützend, wollen nun die meisten früheren Juristen die Entstehung des Gegensatzes der Sabinianer und Proculianer erklären.

Jedoch im Anschluß an diese Theorie anzunehmen, daß die philosophischen und politischen Principien Labeo's und Capito's in allen nachfolgenden Sectierern sich wiederspiegelen, wäre nicht nur allen menschlichen Erfahrungen zuwider, sondern auch quellenwidrig, indem von manchen gerade das Gegenteil bezeugt ist. Diese Theorie erklärt demnach höchstens die Entstehung des Gegensatzes zwischen Labeo und Capito,

---

5) Vgl. Pomponius in 1 2 § 47 D. de origine iuris 1. 2; Tacitus, Annalen III, 70; Suetonius, de illustribus grammaticis c. 22; D. G. Mascov, De sectis Sabinianorum et Proculianorum S. 3; Boeckelen a. a. O. S. 27 ff.

6) Vgl. Boeckelen a. a. O. S. 23 Labeonem enim Stoicis addictum fuisse, sane multa sunt, quae probant . . . . E. Merillius, Observationum libri VIII., Liber 1 c. XX. (Titulus) Inter dissidentes iuris consultorum scholas, Proculejanos magis a partibus Stoicorum fuisse pluribus argumentis deprehenditur: Labeo Proculejanorum princeps cum Chrysippo comparatur.

aber nicht seine Fortbildung, bezüglich welcher auch sie auf die Erklärung durch das factische Verhältniß eines jeweiligen Anschlusses an eine statio angewiesen ist.

II. Die zweite Theorie, welche den Schulgegensatz mit den stationes ius publice docentium in Verbindung bringt, hat sich infolge ihrer äußern Wahrscheinlichkeit unter den neuern Juristen viele Anerkennung verschafft. Verteidiger derselben sind namentlich Bremer, Bruns, Schrader.

Ihren Ausgangspunkt nimmt diese Theorie von folgendem Berichte des Gellius:

Gellius Noct. Att. XIII, 13: Cum ex angulis secretisque librorum ac magistrorum in medium iam hominum et in lucem fori prodissem, quaesitum esse memini in plerisque Romae stationibus ius publice docentium aut respondentium: an quaestor populi Romani a praetore in ius vocari posset. Id autem non ex otiosa quaestione agitabatur, sed usus forte natae rei ita erat, ut vocandus esset in ius quaestor . . . . Sed ego qui tum adsiduus in libris M. Varronis fui, cum hoc quaeri dubitarique animadvertissem, protuli unum et vicensimum rerum humanarum, in quo ita scriptum fuit . . . . . Utraque igitur libri parte recifata, in Varronis omnes sententiam concesserunt quaestorque in ius ad praetorem vocatus est.

Aus dieser Erzählung des Gellius kann man ersehen, daß es in Rom zwei Arten von stationes gab, solche, in denen publice dociert und solche, in denen publice respondiert wurde. Die beiden Arten von stationes unterschieden sich nach folgenden Gesichtspunkten: Die stationes docentium waren berechnet für den theoretischen Unterricht, wobei der Lehrer zu einem ständigen, sich rein receptiv verhaltenden Publikum (Schülern) sprach. Dagegen in den stationes respondentium wurden concrete Rechtsfragen entschieden, deren Erörterung von dem ratsbedürftigen Publikum angeregt wurde.

Ein Bild davon, wie es in diesen stationes respondentium herging, bietet uns eben die Erzählung des Gellius. Zunächst wurde eine Rechtsfrage vorgelegt, welche nicht fingiert sein mußte, sondern auch aus dem praktischen Leben gegriffen sein konnte (non ex otiosa quaestione). Hierauf folgte die Behandlung des aufgestellten Falls, wobei sich eine lebhafte Debatte entwickelte, in der man sich für seine Ansicht auf Autoren berief und die betreffenden Beweise (Schriften) vorlegte.

Was die stationes ius docentium betrifft, so waren dieselben nichts anderes, als was man sonst scholae oder auditoria nennt, Rechtsschulen.

Zu diesen letztern, den stationes ius publice docentium, rechnen nun die Anhänger der zweiten Theorie auch die berühmten Schulen der

Sabinianer und Proculianer, **schola Sabiniana** oder **Cassiana** und die **schola Proculiana**.

Was dieser Theorie mangelt, ist, wie Karlowa sehr einleuchtend darlegt,[7] der Widerspruch mit dem Berichte des Pomponius in 1 2 § 47 ff. D. de or. iur. 1, 2, der den Gegensatz der Schulen nicht als einen solchen örtlicher Lehranstalten, sondern wissenschaftlicher Parteien schildert.

III. In noch höherem Maße, wie die letztgenannte Theorie verneint Pernice eine innere Begründung des Schulgegensatzes. Denn während jene den einzeln Controversen wenigstens nicht jeden Zusammenhang abspricht, sondern vielmehr zur Aufrechterhaltung desselben der Umstand der gemeinsamen Lehrwirksamkeit an einer statio zu Hilfe gezogen wird, verneint Pernice sogar einen methodischen Zusammenhang der Streitfragen. Es handle sich nur um einzelne unter sich in keinem Zusammenhange stehende Controversen, die sich mehr durch Zufall fortgepflanzt haben. Pernice schließen sich Esmarch, Rudorff und andere an. Ebenso wie gegen die vorhergende spricht auch gegen diese Theorie die Quellenwidrigkeit, d. h. der Widerspruch mit dem Berichte des Pomponius.

§ 4.

Theorien, welche den Schulgegensatz auf tiefere Gründe zurückführen.

Der Umstand schon allein, daß sich eine zahlreiche Schaar von Anhängern dieser Richtung bildete, welche jeden wissenschaftlich bedeutenden Gegensatz der beiden Schulen verwirft, weist darauf hin, daß die Aufgabe, einen solchen zu statuieren, zu keinem einheitlichen Resultat führen konnte, daß vielmehr dieses Problem die verschiedensten Ansichten und Vermutungen hervorrufen wußte. Dem entspricht auch der Stand der Wissenschaft im vollkommensten Maße. Parteinahme für Strenge oder Billigkeit,[1] Idealismus oder Naturalismus,[2] Rücksichtnahme auf romanische oder peregrinische Ideen,[3] Festhalten an überlieferten durch berühmte Autoritäten unterstützten Sätzen oder selbstbewußter auf eigne

---

[7]) Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 663: „Was nun zunächst jenen Bericht des Pompoinus betrifft, so charakterisiert er den Gegensatz der Schulen unzweifelhaft nicht als einen örtlicher Lehranstalten . . . . . er schildert ihn vielmehr als einen Gegensatz, ähnlich dem der griechischen Philosophenschulen, dessen origo er von Labeo und Capito herleitet, welche eine verschiedene wissenschaftliche Richtung einschlagen, deren dissensiones dann von ihren Nachfolgern vermehrt seien. . . . . Diesem Bericht zuwider anzunehmen, daß es sich nicht um einen Gegensatz wissenschaftlicher Parteien gehandelt habe, scheint mir ungerechtfertigt. Pomponius stand noch in so unmittelbarer Berührung mit den Schulen, daß er wissen mußte, ob es sich um wissenschaftliche Parteien oder um verschiedene örtliche Lehranstalten handelte. Falls das letztere der Fall gewesen, hätte es Pomponius kaum verschweigen können. . . . . .

[1]) Vgl. Hommel, Disp. de principali causa dissens. inter Lab. et. Cap. § 2, 7.

[2]) Vgl. Kuntze a. a. O. S. 274 ff.

[3]) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 663 ff.

Kraft vertrauender Neuerungstrieb,[4] das sind die Momente und Gegensätze, welche zur Aufstellung der hauptsächlichsten Theorien dieser zweiten Richtung benützt wurden.

I. Am wenigsten aufrecht zu erhalten ist die eine Zeit lang fast allgemein herrschende Ansicht, wonach die Proculianer zu Vertretern des strengen Rechts, die Sabinianer zu Vertretern der Billigkeit erhoben wurden. Diese Theorie scheitert zu sehr an den einzeln Controversen der Schulen, bei welchen das Kriterium vielfach nicht einmal unter den größten Anstrengungen nachgewiesen werden kann. Einen trefflichen Beweis für ihre mangelnde Lebensfähigkeit bildet der Umstand, daß von manchen Verfechtern dieses Kriteriums die Billigkeit zur Tendenz der Proculianer und der Anschluß an das strenge Recht zum Princip der Sabinianer gemacht wurde.

II. Der Ansicht Pernice's, welche das Extrem auf dem Boden der ersten Richtung bildet, entspricht als Extrem dieser Reihe die Auffassung Kuntzes. Kuntze sieht in dem Dualismus der Schulen einen culturgeschichtlichen Gegensatz im tiefsten Sinne, den des Idealismus und Naturalismus. Ihren Ausgangspunkt nimmt diese Theorie von der Bedeutung, welche der Stand der politischen Verhältnisse zur Zeit der Entstehung der Schulen auf diese selbst und auf ihr innerstes Wesen haben mußte. Es war dies die Zeit der absterbenden Republik, die Entstehung des Kaiserthums, mit welcher die völlige Geltendmachung der fremden Elemente und Einflüsse auch bezüglich der Rechtsanschauungen Hand in Hand ging. Solchen Neuerungen und Ansprüchen des peregrinischen naturalistischen Sinnes gegenüber konnte das romanische Element nicht Stand halten und es flüchteten deshalb seine Anhänger, Labeo an der Spitze, in das ideale Gebiet der Philosophie, von welcher aus eine Fortbildung des römischen Rechts im nationalen Sinne und in Uebereinstimmung mit den Forderungen des Verkehrs möglich war. Der Gegensatz war also nach Kuntze ein nationaler und im letzten Grunde ein allgemein menschlicher, cultur-geschichtlicher.

III. In ähnlichem Sinne wie Kuntze faßt den Schulgegensatz die Theorie Karlowa's auf, die neuste, welche über diese streitige Lehre aufgestellt wurde. Jedoch sieht letzterer davon ab, dem Dualismus der Schulen eine so tiefe Bedeutung beizulegen wie Kuntze; vielmehr hält er den Gegensatz von Labeo und Capito mehr für einen persönlichen, politischen; erst unter ihren Nachfolgern habe sich die Schulenrichtung fester ausgeprägt. Ebenso wie Kuntze legt Karlowa dem Wechsel der Dinge unter Augustus für die Verhältnisse der Schulen die Bedeutung eines

---

[4]) Vgl. Dirksen a. a. O. S. 128 ff.: Puchta, Inst. § 98; Walter u. s. w.

scharf trennenden Momentes bei, was in Einklang gebracht mit den Berichten über Labeo's Führung auf politischem und privatrechtlichem Gebiete[5] zu dem Resultate führe, daß die Proculianer mehr die römischen Anschauungen, die Sabinianer mehr die peregrinischen naturalen vertreten.

Während die bisher besprochenen Theorien ihr Kriterium der Sache selbst entnehmen, sieht es Dirksen mehr in der Methode:

IV. Dirksen geht von der begrifflichen Unterscheidung der „Veteres" und „Juris auctores" aus, welche er in der zweiten Abhandlung seiner Beiträge zur Kunde des römischen Rechts klarzulegen versucht. Hiernach sind Veteres die Rechtsgelehrten bis auf Augustus resp. bis zur Einführung des ius respondendi. Juris auctores sind die mit dem ius respondendi ausgestatteten Juristen. Es blieben nun die Sabinianer mit dem Grundsatz der buchstäblichen Interpretation der Auffassungsweise der Veteres, welche demselben Principe huldigten, treu, oder sie wichen wenigstens nicht viel von ihnen ab. So kommt es auch, daß die Resultate der Sabinianer im Ganzen so ziemlich mit denen der Veteres harmonieren. Dagegen die Proculianer mit der Tendenz, nach dem Wesen und der innern Beschaffenheit eines Rechtsinstituts zu interpretieren, konnten sich natürlich mit den Resultaten der Veteres und auch der Sabinianer nicht befreunden. Aus dieser methodischen Verschiedenheit, den positiven Stoff des römischen Rechts zu behandeln, erklärt Dirksen die verschiedenen wissenschaftlichen Principien der beiden Schulen: „Zu dem Ende hielten sich die Sabinianer mit einseitiger Strenge an den Buchstaben des positiven Rechts, in dessen Ermangelung aber an eine analoge Bestimmung der einheimischen Rechtsverfassung, und nur in subsidium recurrierten sie auf das natürliche Gefühl für Recht und Billigkeit. Die Proculianer dagegen ließen der Speculation freieren Spielraum; nicht aber, wie man häufig geglaubt hat, um die bestehenden positiven Regeln zu umgehen und andere an deren Stelle zu setzen, sondern umgekehrt, um jene Regeln ihrem eigentlichen Zwecke und der Absicht ihres Begründers gemäß zu erklären und anzuwenden. Sie sahen überall auf die ratio jeder Gesetzesvorschrift, und recurrierten, in Ermangelung einer ausdrücklichen positiven Entscheidung, auf die Idee des

---

[5] Karlow a. a. O. S. 664: „Man nimmt gewöhnlich an, daß Labeos Richtung auf dem Gebiete des Privatrechts seiner politischen ganz entgegengesetzt gewesen wäre. Es wäre aber bei einem so bedeutenden Manne wie Labeo kaum zu erklären, wenn seine republikanische Gesinnung sich auf privatrechtlichem Gebiet gar nicht gezeigt haben sollte. Gewiß förderte er den Fortschritt, aber es fragt sich in welchem Sinne, ob von Anschauungen aus, welche mit seiner römisch-republikanischen Gesinnung im Einklang standen oder von den neuen peregrinischen Ideen aus . . . .

vorliegenden Rechtsinstituts, nicht aber auf entfernt liegende Analogien, und noch ungleich seltener auf die schwankende Billigkeit."

Auf die Mängel und Vorzüge der drei letzten Theorien möge im folgenden hingewiesen werden.

§ 5.

Rückblick.

Wenn wir uns nun die Frage vorlegen, welche von diesen behandelten Theorien wohl die meiste Berechtigung für sich hat, so müssen wir zum Zweck der Beantwortung derselben zunächst auf die Quellen und Anhaltspunkte zurückgehen, welche die Verfechter der einzeln Ansichten bei der Aufstellung derselben leiten konnten. Es sind dies der Bericht des Pomponius in l 2 § 47 ff D. de or. iur. 1, 2[1] und die überlieferten Controversen der beiden Schulen.

Was die erste Quelle betrifft, den Bericht des Pomponius, so muß man, wie schon oben[1] ausgeführt, wohl mit Recht an der Ansicht Karlowas festhalten, daß derselbe den Schulgegensatz nicht als einen solchen örtlicher Lehranstalten, sondern wissenschaftlicher Parteien darstellt. Mehr aber ist aus dem Bericht des Pomponius nicht zu folgern. Denn mag er auch noch so bezeichnend sein für den wissenschaftlichen Gegensatz der Gründer der beiden Secten, für den ihrer Nachfolger resp. für den der Schulen selbst bietet er keine Anhaltspunkte. Es bleibt uns demnach zur Begründung der wissenschaftlichen Principien der beiden Richtungen nur die andere Quelle übrig, nämlich die Prüfung der einzeln Controversen. Dieser Gedanke ist sowohl von Kuntze wie von Karlowa ausgesprochen worden, jedoch mit dem Unterschiede, daß Kuntze[2] die Möglichkeit zugibt, an allen irgendwo überlieferten Controversen jenen von ihm aufgestellten Gegensatz des Idealismus und Naturalismus nachweisen zu können, während Karlowa[3] die Unmöglichkeit einer solchen Durchführung nicht nur für seine, sondern überhaupt für jede Theorie behauptet. Denn wo einmal ein solcher Schulgegensatz bestehe, sagt Karlowa, entstehen leicht Controversen, welche mit der eigentlichen Grundrichtung wenig oder gar nichts zu thun haben. Mit dieser Bemerkung scheint mir nun auch Karlowa sehr im Recht zu sein, weshalb man bei der Prüfung der einzeln Controversen sein Augenmerk zunächst darauf zu richten hat, ob sie jeweils als bedeutungsvolle specifische Streitfragen der Schulen anzusehen sind oder nicht. Was aber die von Gaius über-

---

[1]) Vgl. § 3 Anm. 7 der Abh.; Vgl. § 6 S. 25 der Abh.;
[2]) Vgl. Kuntze a. a. O. S. 279 Anm. 2;
[3]) Vgl. Karlow a. a. O. S. 664;

lieferten betrifft, so müssen sie bei der Bestimmung des Schulgegensatzes fast ausnahmslos berücksichtigt werden; denn der Bericht des Gaius ist in jeder Beziehung maßgebend, da er ja, wie oben gezeigt,[4] namentlich in formeller Beziehung mit der peinlichsten Genauigkeit und der schärfsten Unterscheidung zu Werke gegangen ist. Es muß demnach eine Theorie über den Schulgegensatz einerseits mit dem größten Teil der von Gaius berichteten Controversen übereinstimmen, und andrerseits darf sie wenigstens keine der wichtigeren gegen sich haben. Beides und namentlich das letztere kann man von den Theorien Kuntzes und Karlowas nicht sagen: So erklären z. B. die Sabinianer die Verfügung einer Vormundschaft vor der Erbeseinsetzung infolge der Verletzung des ordo sripturae für nichtig, während sich Labeo und Proculus über diese Förmlichkeit hinaussetzen.[6] Im Gegensatze zu den Sabinianern, welche ein legatum per praeceptionem nur einem Erben mit rechtlicher Gültigkeit zugewandt wissen wollen, lassen die Proculianer aus einem solchen Legat auch einen extraneus erben.[7] Die Sabinianer sehen in dem noch zu Lebzeiten des Vaters erfolgten Tode des gesetzeswidrig mit Stillschweigen übergangenen Sohnes keine Heilung des anfangs nichtigen Testaments, während die Proculianer eine solche Purgation zugeben.[8]

In allen diesen und noch anderen wichtigen Fragen ist sowohl der von Kuntze wie von Karlowa angegebene Gegensatz entschieden zu vermissen. Keineswegs ergeben sich hieraus als Princip der Sabinianer „peregrinische Ideen"; die methodische Tendenz derselben, „starr an den Regeln des altrömischen Rechts festzuhalten", ist es vielmehr, welche an den angeführten Beispielen sich deutlich erkennen läßt. —

Um uns jedoch die Aufgabe zu erleichtern, den von Gaius überlieferten Streitfragen ein dominirendes Princip für jede Schule zu entnehmen, wollen wir zunächst sehen, ob hierbei nicht einige von besonderer Bedeutung und deshalb in erster Linie zu berücksichtigen sind. Dies ist jedoch der Fall, wenn man nicht Gaius bezüglich der Wahl der verschiedenen Formen, unter denen er die Schulcontroversen berichtet, jede Absicht absprechen will. Wie nämlich schon oben gezeigt wurde,[9] bedient er sich hierbei bestimmter Gegenüberstellungen, von denen namentlich zwei als besonders bezeichnend für die Uebereinstimmung aller Sectierer mit der aufgestellten Lehre bezeichnet werden mußten. Es sind dies die Formen „Sabinus et Cassius ceterique nostri praeceptores" und „Nerva et Proculus ceterique diversae scholae auctores; in diesen gibt uns

[4]) Vgl. § 2 der Abh.
[6]) Vgl. Gaius II § 231.
[7]) Vgl. Gaius II § 219, § 221.
[8]) Vgl. Gaius II § 123.
[9]) Vgl. § 2 der Abhandlung.

nun Gaius die drei folgenden Controversen, aus welchen zunächst ein einheitlicher principieller Gegensatz geschöpft werden muß, da sie jedenfalls mehr wie alle andern die einzeln Schulenanhänger zu ihren Vertretern haben:

1) Die Sabinianer sehen in der Wissenschaft des mit einem Vindicationslegat Honorierten keine Bedingung für den sofortigen Uebergang des durch ein Vindicationslegat Vermachten. Die Proculianer dagegen wollen dasselbe den Bedachten erst dann erwerben lassen, wenn er die Annahme des Legats erklärt habe.[10]

2) Während die Proculianer die von Gaius angeführten Haustiere, equi, asini, muli, boves erst mit dem Moment der Zähmung zu den res mancipi zählen, statuieren die Sabinianer ihre Zugehörigkeit sofort mit der Geburt.[11]

3) Sollte ein filius familias ex noxali causa mancipiert werden, so verlangten die Proculianer eine dreimalige mancipatio; die Sabinianer dagegen lassen eine einmalige mancipatio genügen.[12]

In diesen drei Controversen, wie oben gezeigt den wichtigsten für die Bestimmung der Principien der beiden Schulen, findet sich stets der gleiche im besondern Teile noch näher nachzuweisende[13] Gegensatz, welcher der Theorie Dirksens am nächsten kommt, da ja die den Proculianern von uns zugeschriebene Rücksichtnahme auf die Zweckmäßigkeit eine solche auch für die ratio eines jeden Rechtsinstituts bedingt.

Dieser Schulgegensatz,[14] wie wir ihn hier entwickelt, ist fast bei allen von Gaius überlieferten Streitfragen der Sabinianer und Proculianer deutlich zu erkennen; allerdings kann nicht bestritten werden, daß seine Durchführung bei einigen wenigen auf Schwierigkeiten stoßen wird. Jedoch ist dies einerseits nur bei einer ganz geringen Minderheit von Streitfragen der Fall, was gegenüber der weitaus größten Mehrzahl von Controversen, die für den Gegensatz sprechen, nicht sehr in das Gewicht fallen kann; und andrerseits wird sich auch bei diesen wenigen durch Erweiterung der oben entwickelten Principien meistens eine Erklärung im Sinne unsres Gegensatzes ermöglichen lassen: So er-

---

10) Gaius II § 195.
11) Gaius II § 15.
12) IV § 79.
13) Vgl. den besondern Teil § 8, § 12, § 28.
14) Dieser Gegensatz der Zweckmäßigkeit und des Anschlusses an die Regel des Gesetzes oder der Praxis hat als gewichtiges Moment besonders das für sich, daß er namentlich mit den Controversen deutlich harmoniert, bei welchen Gaius selbst die Entscheidungsgründe der Schulen angibt. Vgl. den besondern Teil über Gaius II § 37 S. 34 ff; II § 123 S. 43 ff; II § 200 S. 47 ff; II § 231 S. 51 ff; II § 244 S. 53 ff; III § 141 S. 66 ff; IV § 78 S. 83 ff IV § 79 S. 86 ff. der Abh.

gibt sich z. B. aus dem Principe der Zweckmäßigkeit für die Proculianer auch die Aufrechterhaltung des wahren Willens resp. der Verfügungen der an einem Rechtsverhältniß Beteiligten, wenn eine solche ohne Verstoß gegen ein im Wege stehendes Gesetz möglich ist.[1] Andrerseits hat die Parteinahme der Sabinianer für die Regel des Gesetzes oder der Praxis die Folge, daß sie in Ermanglung einer solchen Bestimmung als Richtschnur, zur Analogie ihre Zuflucht nehmen[1a]

§ 6.

Beendigung der Schulen und Zusammenstellung der hauptsächlichsten Sectierer.

In demselben Maße wie der Gegensatz der beiden Schulen bestritten ist, herrscht auch bezüglich der Beendigungsgründe derselben eine große Meinungsverschiedenheit. Die ältern Juristen huldigten zum Teil der Ansicht, daß die fünfzig Decisionen Justinians den Controversen der Schulen und somit ihrem Bestande überhaupt ein Ende gemacht, zum Teil der Ansicht, daß eine vermittelnde dritte Schule, Miscelliones genannt, allmählich die schroffen Gegensätze ausgeglichen habe. Indem man jedoch einerseits den fünfzig Decisionen die Bestimmung absprach, hauptsächlich die Controversen der Sabinianer und Proculianer zu entscheiden[1] und andrerseits die Lehre von den Miscelliones verwarf,[2] mußte man auch davon abkommen, mit Zuhülfenahme solcher Vermutungen die Beendigung der Schulen erklären zu wollen.

Während von den Neuern Puchta[3] die Beendigung des Schulendualismus auf den Umstand zurückführt, daß es die spätern römischen Juristen allmählich aufgaben, sich einer der beiden Secten anzuschließen, indem sie vielmehr ein selbständiges Wirken zu ihrer Tendenz erhoben, erklärt Karlowa[4] den Untergang des Gegensatzes durch die immer verschwenderischere Verleihung des römischen Bürgerrechts seit Hadrian.

Mehr einleuchtend ist dagegen die Ansicht Kuntzes,[5] daß die dauerhaften Wahrheiten beider Schulen, allmählich ihrer Eigenthümlichkeiten entkleidet, mit der Zeit zu einem allgemein gültigen Resultat führten. Für die Wahrscheinlichkeit dieser Ansicht spricht auch der Umstand, daß

---

[1]) Vgl. hierüber den besondern Teil § 9; § 11; § 25; § 26; [1a]) § 11; § 13; § 15; § 22; § 23; § 29.

[1]) Hugo hat diese eine lange Zeit allgemein anerkannte Annahme zur Evidenz entkräftet in seiner Schrift: „Geringer Einfluß der Sabinianer und Proculianer auf die 50 Decisionen."

[2]) Vgl. Dirksen a. a. O. S. 139 ff.

[3]) Vgl. Puchta, Inst. § 100.

[4]) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 660.

[5]) Vgl. Kuntze a. a. O. S. 281

schon während des Bestandes der Schulen in manchen Fragen einzelne Sectierer der einen Schule mit der entgegengesetzten Hand in Hand gingen.[6]

In den beiden Schulen waren nun während des zweihundertjährigen Bestandes derselben eine Reihe von berühmten Juristen vertreten, deren Namen, wenigstens die der hervorragendsten Vertreter, wir von Pomponius in l 2 § 47 ff D de origine iuris 1, 2 genannt finden:

Pomponius libro singulari enchiridii: Post hunc (sc. Tuberonem) maximae auctoritatis fuerunt Ateius Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui . . . . hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit. Et ita Ateio Capitoni Masurius Sabinus successit, Labeoni Nerva . . . . Huic successit Gaius Cassius Longinus . . . . Nervae successit Proculus . . . . Cassio Caelius Sabinus successit . . . . Proculo Pegasus . . . . Caelio Sabino Priscus Javolenus: Pegaso Celsius; patri Celso Celsus Filius et Priscus Neratius . . . . Javoleno Prisco Aburnius Valens et Tuscianus, item Salvius Julianus.

Im Anschluß an die jeweiligen Kaiser, unter denen diese einzelnen Juristen gewirkt haben, kann man folgendes Schema der Repräsentanten der Secten aufstellen:

Sabiniani / Cassiani	Proculeiani
Sub Augusto	
Ateius Capito	Antistius Labeo
Sub Tiberio	
Masurius Sabinus	Verva pater
Sub Caio, Claudio, Verone	
Cassius Longinus	Nerva filius
	Pegasus
Sub Vespasiano	
Caelius Sabinus	Proculus
Sub Traiano, Adriano, Ant. Pio	
Priscus Javolenus	Celsus pater
Aburnius Valens	Celsus Filius
Tuscianus	Priscus Neratius
Salvius Julianus	

6) Vgl. z. B. Gaius III § 140.

Die einzeln Controversen.

§ 7.

Ist der Eintritt der Pubertaet von einer bestimmten Altersstufe oder von der Beschaffenheit des Körpers abhängig zu machen?

Bei dem weiblichen Geschlecht hat man von jeher ein Durchschnittsalter angenommen, in welchem die juristische pubertas eintritt. Sie wurden mit vollendetem 12. Lebensjahre[1] als puberes angesehen. Dagegen bezüglich des männlichen Geschlechts hat unter den Schulen der römischen Juristen, unter den Sabinianern und Proculianern, eine Controverse[2] stattgefunden, ob im einzeln Fall auf den habitus corporis zu sehen sei, oder ob einfach die Jahre in Betracht kämen. Die Sabinianer wollten auf den habitus sehen und also nur den wirklich Zeugungsfähigen als pubes im juristischen Sinne anerkennen. Dagegen die Proculianer nehmen Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit für die Praxis;[3] von dem Gedanken ausgehend, daß die Pubertätserklärung hauptsächlich für die Beendigung der tutela in Betracht kommt[4] und daß bei vollendetem 14. Lebensjahre mit der Möglichkeit der eignen vermögensrechtlichen Repräsentation des Mannes, die ratio der tutela wegfalle, nehmen sie bei dieser Altersstufe die pubertas im juristischen Sinne an.

Eine dritte Meinung, die des Priscus Javolenus, welche wir bei Gaius nicht erwähnt finden, verlangte, daß beide Momente zusammenträfen.[5]

Endgültige Regelung fand dieser Schulenstreit durch die Entscheidung Justinians,[6] welcher die Proculianische Ansicht adoptierte.

Wie Dirksen treffend bemerkt,[7] könnte es bei der Betrachtung dieser Streitfrage auf den ersten Blick hin den Anschein haben, als ob sich

---

[1]) pr. Inst. quib. mod. tut. fin. I 22 . . . . . antiquitatis normam in feminis bene positam suo ordine relinquentes, ut post XII annum completum viri potentes esse credantur.

[2]) Gaius I § 196 Masculi autem cum puberes esse coeperint tutela liberantur . . . . . nostri praeceptores puberem eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit hoc est qui generare potest . . . . . sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est, eum puberem esse existimant qui XIV annos explevit.

[3]) Vgl. die folgenden Ausführungen.

[4]) Das Gebiet der eigentlichen Schulcontroverse wird man auf die Frage nach der Beendigung der Tutel beschränken müssen; vgl. hierüber Pernice, M. A. Labeo S. 210.

[5]) Ulpian fragm. T. XI § 28. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet: id est, qui generare potest. Proculeiani autem eum, qui quatuordecim annos explevit. Verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, et habitus corporis et numerus annorum.

[6]) pr. Inst. quib. mod. tut. fin. I, 22 . . . . . . et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum ilico initium accipere disposuimus . . . . . .

[7]) Vgl. Dirksen a. a. O. S. 55.

aus der Behandlung derselben gerade entgegengesetzte wissenschaftliche Principien der Schulen kundgeben, als sie gewöhnlich denselben zugeschrieben zu werden pflegen. Denn wir sehen, wie die Sabinianer einen jeden einzeln Fall nach seinen individuellen Umständen, die Proculianer dagegen nach einer allgemeinen Richtschnur entschieden wissen wollen. Um nun diesen scheinbaren Widerspruch zu heben und den Proculianern ihre Tendenz, nach der ratio und der innern Natur einer Sache zu entscheiden, zu wahren, führt Dirksen einen insofern etwas kühnen Beweis, als er den Sabinianern einen Standpunkt unterschiebt, von dem sie in unserem Fall sicher nicht ausgingen. Er läßt nämlich die Sabinianer analog der inspectio corporis zur Constatierung der Ehemündigkeit eine solche inspectio auch für die Pubertätserklärung verlangen, während die Proculianer, wie er glaubt, von der ratio der tutela ausgehend, mit vollendetem 14. Lebensjahre eine selbständige Vermögensverwaltungsfähigkeit des Mannes und hiermit den Eintritt der juristischen pubertas annehmen. Was dieser Beweisführung mangelt, ist folgendes: Abgesehen davon, daß Dirksen eine inspectio annimmt zur Constatierung der Ehemündigkeit, die ganz und gar nicht unbestritten in der juristischen Literatur dasteht,[8] darf man auch nicht, wie Dirksen, den Umstand, daß die Sabinianer ihre Entscheidungen öfters vermittelst Analogie abgeben,[9] zu einer solchen Erweiterung dieser Fälle benützen, wo die Rücksicht auf Analogie eine sehr verkehrte wäre. Im Gegenteil, es waren sich die Sabinianer wohl bewußt, daß die Pubertätserklärung hauptsächlich bezüglich der Tutel von Belang ist, und daß das Motiv der Tutel darin bestehe, die mangelnde geistige Ausbildung des Pupillen für dessen Vermögensverwaltung durch die Beiordnung eines Tutor unschädlich zu machen. Analogie ist es also jedenfalls nicht gewesen, welche das Motiv für die Entscheidung der Sabinianer bildete. Vielmehr dürfte dasselbe aus der Betrachtung der geschichtlichen Entwickelung der Pubertätserklärung zu gewinnen sein:

Nach Pernice[10] fiel in der ältern republikanischen Zeit der Mündigkeitstermin zusammen mit der Annahme der toga virilis. Vesticeps und pubes waren für die republicanische Periode gleich bedeutend. Es war demnach der Mündigkeitstermin kein zeitlich fest bestimmter, da der Moment der Anlegung der Toga mehr oder minder in dem Ermessen der Verwandten lag. Die Juristen konnten jedoch mit diesem, vom Belieben der Familie abhängigen Mündigkeitstermine nichts anfangen; sie verlangten eine Beschränkung der hierbei möglichen Willkür durch eine ge-

---

[8]) Vgl. Pernice M. A. Labeo S. 209.
[9]) Vgl § 5 der Abh. S. 23.
[10]) Vgl. Pernice a. a. O. S. 206 ff.

setzliche Fixierung, weshalb zu Anfange der Kaiserzeit, wahrscheinlich unter Labeos Einflusse, die Wissenschaft das 14. Lebensjahr als maßgebend für den Eintritt der Pubertät erklärt wissen wollte. Hiegegen reagiert Sabinus mit der Forderung der Rücksichtnahme auf den habitus corporis, wahrscheinlich im Anschluß auf die in der Praxis fest gewordene Regel. In der Praxis hatte man nämlich die Forderung der Wissenschaft mit den alt hergebrachten Rechten der Familie vereinigt und zwar auf folgende Weise: Daß die Familie, welcher ja, wie oben gezeigt, dieses Recht zustand, die Anlegung der Toga und somit auch den Eintritt der Pubertät eines Angehörigen nach dem habitus corporis bemaß, ist jedenfalls in den früheren Zeiten der Rechtsentwickelung üblich gewesen.[11] Die Verwandten mußten nun ein Kind zu verschiedenen Zeiten untersuchen, um die Pubertät zu ermitteln; da man jedoch zu dem Resultate gelangte,[12] daß meistens mit vollendetem 14. Jahre ein genügender habitus vorhanden sei, so stellte man, um auch den öftern Untersuchungen aus dem Wege zu gehen, die Regel auf, daß mit vollendetem 14. Jahre die Pubertas eintreten solle, wenn der habitus ein entsprechender sei.[13] So ist das Erforderniß einer bestimmten Altersstufe durch die Forderungen der Wissenschaft, das der Rücksichtnahme auf den habitus corporis durch die Aufrechterhaltung der alt hergebrachten Rechte der Familie durch die Praxis aufgekommen.

Es schlossen sich nun die Sabinianer, welche, wie oben gezeigt, nach der Regel des Gesetzes oder der Praxis entscheiden, auch bezüglich der Pubertätsfrage dem geltenden Recht an.[15] Hauptsächlich die Wahrung der verwandtschaftlichen Rechte im Auge, ließen sie eine geringe Modification nur insofern eintreten, als sie das durch die Wissenschaft aufgekommene Requisit der 14 Jahre in ihre Entscheidung nicht ausdrücklich aufnahmen, sondern dieses Erforderniß dadurch aufrecht erhielten, daß sie die Untersuchung des habitus corporis wahrscheinlich erst mit vollendetem 14. Jahre vorgenommen wissen wollten. Was dagegen die Entscheidungsgründe der Proculianer betrifft, so nehmen sie, von der praktischen Zweckmäßigkeit und von der ratio der tutela ausgehend, mit vollendetem 14. Lebensjahre eine selbständige Vermögensverwaltungsfähigkeit und hiermit den Eintritt der pubertas beim Mann an.

---

[11]) Vgl. z. B. auch A. W. Cramer, de pub. term. S. 42: Antiquissimis igitur temporibus apud Romanos probabile est, non tam annorum curriculo, quam corporis habitu maturam connubio ceterisque vitae negotiis utriusque iuventae aetatem aestimatam fuisse, id quod vel ipsum pubertatis vocabulum demonstrat.

[12]) Vgl. z. B. Cramer a. a. O. S. 42: Cum vero quotidiana experientia doceret . . . .

[13]) Daß diese Regel, welche die Mittelmeinung des Juristen Priscus darstellt, bis zur Zeit Justinians praktisch gegolten, wird auch von Pernice (a. a. O. 21.) zu-

§ 8.

Ob bestimmte Tiere erst mit dem Moment der Zähmung zu den res mancipi gehörten, war unter den Schulen bestritten.

Dem altrömischen Sachenrecht lag die Einteilung in res mancipi und nec mancipi zu Grunde.[1] Zu den res mancipi wurden gezählt italische Grundstücke, Sklaven, Ochsen, Pferde, Maultiere, Esel und servitutes rusticae. Zu den res nec mancipi gehörten die übrigen Sachen. Der innere Grund dieser Einteilung wird von den Rechtshistorikern verschieden angenommen. Von den diesbezüglichen Ansichten verdient diejenige besondere Beachtung,[2] welche als das charakteristische Merkmal der res mancipi ihre Wichtigkeit für den Landbau ansieht. Von diesem Gesichtspunkt aus können wir uns die Controverse[3] erklären, welche bezüglich der res mancipi und nec mancipi unter den Sabinianern und Proculianern herrschte. Während nämlich die Sabinianer annahmen, die genannten Tiere gehörten sofort mit ihrer Geburt unter die res mancipi, behaupteten die Proculianer, die Zugehörigkeit zu den res mancipi beginne erst mit dem Moment der vollendeten Zähmung, falls überhaupt das betreffende Tier einer solchen zugänglich sei.

Die Bestimmungsgründe für die entgegengesetzten Entscheidungen der beiden Schulen liegen bei dieser Streitfrage sehr nahe.[4] Die Sabinianer halten hierbei strenge an der in der Praxis geltenden Regel fest, welche die genannten Tiere ohne jene Modification unter die res mancipi zählte, während die Proculianer, von der ratio jener Einteilung ausgehend die Zugehörigkeit zu denselben nur dann anerkennen, wenn die Tiere für das Hauswesen und den Ackerbau verwendbar sind, was aber nur beim zahmen Zustande eintrifft. Die den Proculianern eigne Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit für den Verkehr verwarf die Erschwerung desselben, welche in dem Ausschluß der Übertragung solcher nicht gezähmter Tiere durch traditio lag.

---

gegeben. Vgl. auch Schulting, Jur. Anteiust. S. 604, Note 89: . . . . . atque ad Justiniani usque tempora non fuit certum; saltem non ubivis pubertatem in maribus ex solis annis colligendum esse: adeoque non fuit plane in maribus inusitata inspectio corporis, ac partium illarum, quas sinus abscondit, quam improbavit Justinianus, cui factum tale narranti, in re, cui natura repugnat, fides non debet denegari.

[1]) Ulpian fragm. XIX § 1 Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus. Item iura praediorum rusticorum: velut via, iter, actus et aquae ductus. Item servi, et quadrupedes, quae dorso, collove domantur, velut boves, muli, equi, asini.

[2]) Vgl. Hugo, Gesch. des röm. Rechts bis auf Just. S. 509.

[3]) Gaius II § 15 ea autem animalia nostri quidem praeceptores statim, ut nata sunt, mancipi esse putant: Nerva vero, Proculus, et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt.

[4]) Vgl. § 5 der Abh. S. 21.

Im Justinianischen Rechte hat die altrömische Einteilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi und somit auch die Controverse der Schulen keine Beachtung gefunden.

§ 9.
In iure cessio heredidatis.

Wenn der Intestaterbe vor dem Antritt der Erbschaft dieselbe einem andern cediert, so wird der Cessionar Erbe, wie wenn er gesetzlich berufen wäre. Wird dagegen die Cession nach dem Antritt durch den heres legitimus vorgenommen, so bleibt der Cedent gleichwohl Erbe und haftet den Erbschaftsgläubigern. Die Erbschaftsforderungen aber gehen unter, während ein Übergang der körperlichen Bestandteile stattfindet.[1] Bezüglich des Testamentserben bemessen sich die Wirkungen einer Cession dahin, daß eine vor dem Antritt der Erbschaft vorgenommene Abtretung mit keinen juristisch bedeutsamen Folgen verknüpft ist. Cediert der Testamentserbe aber nach dem Antritt, so treten dieselben Wirkungen ein, wie wenn der Intestaterbe, welcher die Erbschaft angetreten, eine Cession derselben vornimmt. Über alle diese Sätze sind die römischen Juristen einig.[2] Controvers[3] ist dagegen, wie sich das Verhältniß gestaltet bei einer Cession des heres necessarius. Die Proculianer ließen sich hierbei, wie Gaius selbst berichtet,[3] von den practischen Erwägungen leiten, daß bei dem heres necessarius die durch das Gesetz ausgesprochene Fiction des Antritts eine wirkliche aditio ersetze; sie erhalten daher ein solches von den Parteien eingegangenes Geschäft mit den Wirkungen aufrecht, wie sie bezüglich der von dem Testamentserben nach dem Antritt drr Erbschaft vorgenommen in iure cessio gelten. Die Sabinianer dagegen, auf diese Principien der practischen Zweckmäßigkeit keine Rücksicht nehmend, erkennen die Begründung der entgegengesetzten Schule nicht an; vielmehr halten sie daran fest, daß der heres necessarius durch die in iure cessio hereditatis, ebenso wie dies von dem Testamentserben

---

[1]) Vgl. hierüber die Ausführungen auf S. 35 ff.

[2]) Ulpian fragm. XIX § 12—14: Hereditas in iure ceditur vel antequam adeatur, vel posteaquam adita fuerit. Antequam adeatur, in iure cedi potest a legitimo herede: posteaquam adita est, tam a legitimo, quam ab eo, qui testamento heres scriptus est. Si ante quam adeatur hereditas in iure cessa sit, perinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset. Quod si postea quam adita fuerit, in iure cessia sit, is, qui cessit, permanet heres: et ob id creditoribus defuncti manet obligatus: debita vero pereunt id est, debitores defuncti liberantur. Vgl. Gaius II § 35—37.

[3]) Gaius II § 37. Idem (sc quod dictum est de cessione eius, qui testamento scriptus est heres) et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse utrum (quis) adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat; . . . . sed nostri praeceptores putant, nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.

vor dem Antritt die Regel ist, keine Änderung am bestehenden Verhältniß eintreten lassen könne.

Über die Frage, wie die höchst merkwürdige Folge einer gültig zustande gekommenen in iure cessio hereditatis zu erklären sei, daß nämlich nur der Erwerb der körperlichen Bestandteile der Erbschaft ermöglicht wurde, während dagegen die Forderungsrechte untergingen, sind die Ansichten[4] geteilt. Die Schwierigkeit dürfte vielleicht auf folgende Art gelöst werden:

Unsere Hauptfrage setzt sich aus folgenden zwei Unterfragen zusammen:

1) Wie erklärt es sich, daß der Cessionar die Erbschaftsforderungen nicht erwarb?
2) Warum verblieben die Erbschaftsforderungen, welche auf den Cessionar nicht übergingen, nicht bei dem Cedenten, sondern gingen vielmehr unter?

Was die erste Frage betrifft, so ergibt sich eine Beantwortung aus den Quellen selbst. Nachdem nämlich Gaius in II § 18—37 die Anwendbarkeit der mancipatio, traditio, in iure cessio besprochen hat, fährt er in § 38 folgendermaßen fort: Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris . . . . In diesen Worten liegt ganz unzweideutig ausgedrückt, daß die in iure cessio auf Forderungsrechte keine Anwendung finden konnte. Nur in einem scheinbaren Widerspruche mit diesem Satze steht eine Bemerkung Ulpians in fragm. XIX § 11: In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut usus fructus et hereditas et tutela legitima et libertas.

Betrachten wir den Satz näher, so werden wir finden, daß Ulpian von cedierbaren Forderungsrechten gar nicht spricht. Das Hauptgewicht ist bei dieser Stelle nämlich auf „velut“ zu legen, so daß Ulpian nur sagen will, cedierbar sind gewisse unkörperliche Sachen von der Art wie ein usus fructus, tutela legitima, libertas und das Erbrecht, in welchem letztern Sinne Ulpian das Wort hereditas hier gebraucht und nicht in dem von Erbschaft.

Daraus nun, daß Forderungsrechte überhaupt nicht in iure cediert werden konnten, erklärt es sich, warum bei der in iure cessio hereditatis der Cessionar die Erbschaftsforderungen nicht erwarb.

---

[4]) Vgl. Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte S. 28 ff.

Jedoch auch dem Cedenten konnten diese Erbschaftsforderungen nicht verbleiben.[5] Das Wesen der in iure cessio bestand nämlich in einer feierlichen Lossagung vor dem competenten Beamten, um einem andern die in Frage stehende Sache zum Eigentum zu übertragen. Konnte dieser Erwerb nicht erreicht werden, so mußte entweder alles beim Alten bleiben, oder das Recht, dem man entsagte hatte, verloren gehen.

Das letztere trat nun in Ansehung der zu einer veräußerten Erbschaft gehörigen Forderungen ein, nach Pernice aus folgenden Gründen:

Der Cedent verkündet feierlich, nicht er sei Erbe, sondern der Cessionar. Der zweite Teil dieser Aussage ist rechtlich unmöglich, also unwahr. Man acceptiert aber den ersten.

§ 10.

Wem gebührt das Eigentum an der durch die Specification hervorgebrachten nova res?

Es kann die bekannte Streitfrage der römischen Juristen, nach welchen Momenten sich der Eigentumserwerb durch Specification bestimme, nicht als eine specifische Controverse gerade der Sabinianer und Proculianer bezeichnet werden,[1] so daß man diese These aufstellen könnte, die Sabinianer vertreten die eine, die Proculianer die andere Ansicht. Daß dem so sei, dafür spricht sowohl die Form als auch der Inhalt des Gaianischen Textes, also formelle und materielle Gründe.

Was den Wortlaut des Gaianischen Textes (II § 79) betrifft, so gibt uns nämlich Gaius diese Controverse nicht, wie gewöhnlich, in der Gegenüberstellung von „nostri praeceptores“ und „diversae scholae auctores,“ sondern für „nostri praeceptores“ sagt er nur „Sabino et Cassio.“ . . . . Man könnte nun einwenden, Sabinus und Cassius seien die beiden Hauptvertreter der Sabinianer, und Gaius wolle hier mit der Anführung derselben die Sabinianische Schule bezeichnen. Doch obgleich hier eine solche Behauptung manches für sich hat, wenn man sich dabei auf den Wortlaut des Justinianischen Textes beruft,[2] so kann

---

[5]) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 32. „Wer einmal Erbe geworden ist, kann sich von seinen erbschaftlichen Verbindlichkeiten nicht mehr lossagen, wohl aber von seinen Rechten. Die in iure cessio enthält eine solche Lossagung . . . . Da sie nun nicht teilweise wirksam, teilweise unwirksam sein kann, so bleibt natürlich nichts bei dem Cedenten zurück (denn das vorherrschende bei der in iure cessio ist die Besagung von einem Recht).“ Vgl. auch Schulting a. a. O. S. 624, Note 46: Ideo enim tenetur creditoribus, quod adeundo cum eis contraxisse videatur. Ideo ei debitores non tenentur, quod se omni heredis iure abdicaverit. Sed neque cessicio heredi tenentur, quia ei non sunt obligati.

[1]) Vgl. § 2 S. 3 ff. der Abh.

[2]) § 25 J. de rer. div II, 1 . . . . . et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit . . . . .

sie doch nicht ausschlaggebend sein, wenn man bedenkt, daß Gaius öfters[3] seine Controversen einführt in einer verstärkenden Gegenüberstellung wie z. B. „Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores“ — „diversae scholae auctores.“ Warum sollte nun Gaius bei einer so wichtigen Streitfrage, die sich durch die ganze römische Rechtsliteratur hindurchzieht, nicht nur nicht die verstärkende Form gebrauchen, sondern nicht einmal die gewöhnliche, namentlich wo er dieselbe zum Teil wahrt, nämlich bezüglich der Proculianer? Dieser formelle Grund beweist schon, daß die Controverse nicht eine specifische Streitfrage der beiden Schulen war, sondern daß auch die Sabinianer unter sich nicht zu einer einheitlichen Schulenansicht gelangen konnten.

Aber auch der Inhalt des Gaianischen Textes rechtfertigt letztere Behauptung. Denn während Gaius sonst, ohne Berücksichtigung fremder Ansichten, einfach die Meinungen der beiden Schulen anführt, erwähnt er hier zunächst zwei sich gegenüberstehende Ansichten andrer Juristen, die jedenfalls, als Nichtsectierer, in keiner Beziehung zu den Schulen standen. Von diesen beiden Ansichten ausgehend, berichtet Gaius, daß die eine von den Proculianern, die andere von den Hauptvertretern der Sabinianer, von Sabinus und Cassius, adoptiert worden.

Daß nun Gaius, wie in diesem Falle außer den beiden Schulen noch eine dritte Partei erwähnt, findet sich nur noch bei einer Controverse,[4] wobei ebenfalls den diversae scholae auctores nicht eine einheitliche Meinung der Sabinianer, sondern die des Sabinus und Cassius gegenübergestellt ist.

Außerdem erfahren wir aus den Digesten, daß selbst Gaius, einer der eifrigsten Anhänger der Sabinianer, in dieser Streitfrage eine dritte vermittelnde Ansicht zu der seinigen gemacht hat.[5]

Alle diese erwähnten Momente zusammengenommen, müssen zu dem oben ausgesprochenen Resultate führen, daß die Meinungen der einzeln Sabinianer selbst wieder zu sehr auseinandergingen, als daß von einer Entscheidung der Sabinianischen Schule als solcher die Rede sein könnte.

Was die Controverse selbst betrifft, so behandelt sie die Frage, wem das Eigentum an der durch Specification hervorgebrachten nova res zufalle. Die Proculianer faßten bei diesem Acte, vermittelst dessen jemand eine fremde Sache in eine neue Form bringt,[6] ganz allgemein

---

[3]) Vgl. Gaius II § 15, § 195, IV § 79.

[4]) Vgl Gaius II § 244.

[5]) Vgl. l 7 § 7 D. de adquir. rer. dom. 41, 1 Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum . . . . . est tamen etiam media sententia recte existimantium, si . . . . .

[6]) Dieser Begriff der Specification ist unter den Juristen nicht unbestritten. Vielmehr herrschen auch in dieser Beziehung Meinungsverschiedenheiten. Während die

den Gesichtspunkt der Occupation auf, indem sie annahmen, durch jede Formveränderung gehe die alte Sache unter und es entstehe eine ganz neue.[7] Wie die Proculianer dazu kamen, infolge von Specification die Entstehung einer nova res anzunehmen, erklärt Bechmann (a. a. O.) sehr einleuchtend auf folgende, auch von Fitting anerkannte Weise:

Die Proculianer gehen von dem Gedanken aus, daß die Sache Rechtsobject sei vonseiten der Form und nicht vonseiten der Materie. Das geht hervor aus der Benennung der Sache nach der Form, ferner aus dem Umstande, daß mit der Aenderung der Form auch eine Aenderung des Namens eintritt. Macht man nun diese beiden Thatsachen zu Prämissen eines zu ziehenden Schlusses, so gelangt man zu dem gewünschten Resultat, nämlich:

neue Form . . . . neuer Name
neuer Name . . . . neue Sache
neue Form . . . . neue Sache.

Zwischen der alten und neuen Sache besteht nun kein Zusammenhang, also auch nicht bezüglich des Eigentums. Demgemäß ist die nova res herrenlos und fällt so dem Specificanten als ersten Erwerber zu. — Vielleicht mögen auch die praktischen Erwägungen die Proculianer einigermaßen geleitet haben, daß leichter der Stoff als die Arbeit in Geld abzuschätzen ist und daß, infolge dieser bessern Möglichkeit, eine Entschädigung des andern Teiles zu bestimmen, die Proculianische Entscheidung zu einem für die Praxis zweckmäßigen Resultat führt als die Sabinianische. — Von einem andern Gesichtspunkte wie die Proculianer gehen nämlich die beiden Hauptvertreter der Sabinianer aus. Sabinus und Cassius lassen zwar auch das Eigentum an der alten Sache durch Specification untergehen,[8] aber sie verwerfen die von den Proculianern

Einen die Specification nur auf bewegliche Sachen beziehen, (z. B. Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 48) dehnen sie andere (z. B. Bechmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 47) auch auf Grundstücke aus: wiederum andere lassen das fast allgemein aufgestellte Erforderniß, daß sich die Sache in fremdem Eigentum befinden müsse, fallen. So sagt z. B. Bremer (das Pfandrecht und Pfandobject) über den Begriff der Specification folgendes: Zum Begriffe der Specification gehört keineswegs, daß jemand fremden Stoff verarbeitet, vielmehr ist jede Umgestaltung einer Sache zu einer neuen Species, mag jene eine fremde oder eigne sein, Specification.

[7]) Gaius II § 79 . . . . . quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, idest, ut cuius materia sit, illius et res, quae facta sit, videatur esse. idque maxime placuit Sabino et Cassio. alii vero eius rem esse putant, qui fecerit; idque maxime diversae scholae auctoribus visum est. Vgl. auch § 25, § 26 J. de divis. rer. II, 1.

[8]) Die fast allgemein als Entscheidungsgrund der Sabinianer angenommene Accessionstheorie, wonach dieselben die neue Form nur als etwas dem Stoffe, als der Hauptsache, Hinzutretendes betrachtet haben sollen, wird mit Recht von Fitting a. a. O. verworfen. Daß nämlich Sabinus und Cassius in Übereinstimmung mit den Proculianern auch das Eigentum an der alten Sache als durch Specification untergegangen ansahen, ergibt sich unter anderem aus folgenden Quellenstellen:

statuierte Occupationstheorie deshalb, weil der Stoff schon im Eigentum gewesen sei; aus diesem Grunde schreiben sie auch das Ganze dem früheren Eigentümer der Materie zu.[8]

Zu teilweiser Vereinigung beider Ansichten hatte sich eine vermittelnde Meinung gebildet, wonach darauf gesehen werden müsse, ob die von dem Verarbeiter der fremden Materie hervorgebrachte species wieder in die alte Gestalt zurückgebracht werden könne oder nicht. Ist das erstere der Fall, dann werde der Eigentümer der verarbeiteten Materie auch Eigentümer des Ganzen; wenn das letztere, dann falle die nova res dem Verfertiger zu.[9]

Diese Entscheidung hat, ebenso wie Gaius, auch Justinian adoptiert.[9]

§ 11.

Die Sabinianer ließen keine Heilung des infolge der Praeterition des filias familias nichtigen Testaments zu.

Das römische Noterbenrecht schreibt vor, daß der filius suus entweder eingesetzt oder namentlich exherediert werde im Testamente. Wird diese Vorschrift nicht befolgt, so ist das betreffende Testament ungültig.[1]

Diese Bestimmung des Noterbenrechts faßten die Sabinianer so schroff auf, daß sie sogar in dem noch zu Lebzeiten des Vaters erfolgten Tode des gesetzeswidrig mit Stillschweigen übergangenen Sohnes keine Heilung des Testaments sahen, sondern dasselbe gleichwohl für nichtig erklärten.[2] Wie aus dem Gaianischen Texte zu ersehen ist, bestimmte

---

L. 18. § 3 D. de pign. act. 13, 7 Paulus l XXIX ad Edict: Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignoris Cassius ait, quia aliud sit materia aliud navis et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: quaeque ex silva facta natave sint.

L 10 § 7 D. quib. mod. us. 7, 4 Ulpianus ad Sabinum: In navis quoque usu fructu Sabinus scribit, si quidem per partes refecta sit, usum fructum non interire: si autem dissolute sit, licet isdem tabulis nulla praeterea adiecta restaurata sit, usum fructum exstinctum . . . . .

Vielmehr bezog sich der Streit nur auf die Frage, wem das neue Eigentum zuzuschreiben sei.

[9]) § 25 J. de rer. div. II, 1 . . . . . et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit . . . . Die Ratio dieser vermittelnden Ansicht dürfte sich wohl aus folgendem Satze des Juristen Paulus ergeben: l 78 § 4 D. de leg. et fid. III Paulus ad Vitellium . . . . quippe ea, quae talis naturae sunt, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa numquam vires eius effugiant.

[1]) Ulpian T XXII § 16. Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus, neque nominatim exheredatus, non patitur valere testamentum.

[2]) Gaius II § 123 . . . . . adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredum ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio sed diversae scholae auctores si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane ipedimento eum esse

die Sabinianer bei dieser Entscheidung die Rücksicht auf die regula Catoniana, in Analogie welcher ja ein an sich nichtiges Testament nicht durch Umstände, welche in die Zeit nach der Errichtung desselben fallen, zu einem gültigen werden kann.[3]

Die Proculianer dagegen gingen näher auf die Ratio jener Bestimmung des Noterbenrechts ein, welche sicherlich darin besteht, durch eine gesetzliche Vorschrift die Enterbung eines filius zu erschweren. Diese Rücksicht ist jedoch nicht in dem Falle gegeben, wenn der präteriierte Sohn noch zu Lebzeiten des Vaters mit Tod abging. Infolge dieser praktischen Erwägung sind die Proculianer für Aufrechterhaltung der testatorischen Verfügung und lassen sie aus einem solchen mit Präterition des Sohnes behafteten Testamente eine Erbfolge nur dann nicht zu, wenn der gesetzeswidrig übergangene filius den Vater überlebte und so nach positiver Rechtsvorschrift ein Hinderniß für den Bestand des Testaments bildete.

Justinian hat die schroffen Bestimmungen, die von den Sabinianern verteidigt wurden, angenommen, indem er sich ihrer Begründung anschließt.[4]

§ 12.

Ist die Wissenschaft des Honorierten eine Bedingung für den sofortigen Uebergang des durch ein Vindicationslegat Vermachten?

Legate wurden unter directen, gesetzlich fixierten und befehlenden Wortformeln hinterlassen. Je nach der Verschiedenheit der letztern unterschied das ältere römische Recht 4 Arten von Legaten, legatum per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem.[1]

Das Vindicationslegat mit der Wortformel hominem Stichum do lego wird von Kuntze[2] im Verhältniß zu dem Damnationslegat, dem

---

scriptis heredibus, et illum ab intestato heredem fieri confitentur: si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento . . . . . .

[3]) Für die Erbeseinsetzung speciell ist dieser Gedanke ausgedrückt in l 210 de reg. iur. 50, 17: Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest.

[4]) pr. J. de exher. lib. 2, 13 . . . . . alioquin si eum (sc. filium) silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut et si vivo patre filius mortuus sit, nemo ex eo testamento heres existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum.

[1]) Die Formeln für die verschiedenen Legate waren:
für das legatum per damnationem: heres meus damnas esto dare oder heres meus dato, facito, heredem meum dare iubeo; für das legatum per vindicationem: do, lego oder capito, sumito, habeto; für das sinendi modo legatum: heres meus sinito, vel damnas esto sinere; für das legatum per praeceptionem: Titius illam rem praecipitoe medio sumito, sibi habeto . . . . Über die verschiedenen rechtlichen Wirkungen vgl. Gans, Scholien zu Gaius S. 335.

[2]) Vgl. Kuntze a. a. O. S. 722.

obligatorischen Vermächtniß, sehr bezeichnend das sachenrechtliche genannt. Die in der Form des legatum per vindicationem vermachten Sachen brauchten nämlich nicht, wie das legatum per damnationem es verlangte, erst vom Erben petiert zu werden, sondern sie gingen mit dem Antritt der Erbschaft sofort auf den Legatar über, ipso iure, ohne jede Handlung des Erben. Letzterer wird angesehen, als ob er das Eigentum nie besessen habe,[3] und kann der Bedachte die betreffenden Sachen von dem Besitzer vindicieren.[4]

Es war nun möglich, daß der Bedachte von dem Legate gar nichts wußte. Gingen dann auch die vermachten Gegenstände ipso iure in das Eigentum des Legatars über? Bezüglich dieser Frage gaben die Sabinianer und Proculianer nicht die gleiche Antwort.[5] Die Sabinianer behaupten, an der altrömischen Regel über den unmittelbaren Anfall des Vindicationslegats festhaltend, einen sofortigen Eigentumsübergang auch für den Fall, daß der Honorierte von dem Legate keine Kenntniß hatte und lassen es dann von dem Willen des Bedachten abhängig sein, ob er das Legat verschmähen wolle oder nicht. Dagegen die Proculianer geben den Eigentumsübergang so lange nicht zu, bis der Honorierte seine Zustimmung erklärt hat, jedenfalls von practischen Rücksichten für den Verkehr beeinflußt. Denn welchen Wert hat es, den sofortigen Übergang des Legats zu statuieren und dann im Falle der Honorierte nicht gesinnt ist, dasselbe anzunehmen, es wieder zurückfallen zu lassen? Dasselbe practische Resultat wird ja auch nach der Proculianischen Entscheidung erzielt.

§ 13.

In wessen Eigentum stehen pendente condicione die vermittelst eines Vindicationslegates vermachten Gegenstände?

Auf dem Gebiete des Vindicationslegates bildete den Gegenstand einer weitern Controverse zwischen den beiden Schulen die Frage, in

---

[3]) Goeschen, Obs. jur. Rom. spec. c. II S. 41: Contra alia plane legati per vindicationem dati ratio est, cum in eius modi legato non id agat testator, ut heredem rei alicuius dandae obligatione legatario obstringat, set ut res quaedam hereditaria, quae alias ad heredem perveniret, recta via transeat non in heredem, sed in legatarium.

[4]) Im Justinianischen Recht ist der durch das senatus consultum Neronianum in seiner Bedeutung schon abgeschwächte Unterschied der 4 Arten der Legate beseitigt. Vgl. 1 1 Cod. comm. de leg. VI, 43.

[5]) Gaius II § 195. In eo vero dissentiunt prudentes, nam Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret, sibi legatum esse dimissum; set posteaquam scierit et spreverit tum perinde esse adque si legatum non esset. Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere.

wessen Eigentum das in einem bedingten Vindicationslegat Vermachte pendente condicione fällt.[1]

Sehr deutlich tritt hierbei die Vorliebe der Sabinianer hervor, ihren Entscheidungen die Regeln der Praxis zu Grunde zu legen. Dies zeigt sich nämlich darin, daß sie unsere Streitfrage, in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung in analoger Rücksicht auf den ähnlichen Fall des statu liber entscheiden, über welchen eine Meinungsverschiedenheit nicht bestand. Bezüglich des statu liber, das ist ein Sklave, der letztwillig unter einer Suspensivbedingung freigelassen wird, ist es nicht streitig, in wessen Eigentum er bis zur Erfüllung der Bedingung steht, indem in den Quellen öfters ausgesprochen ist, daß er in der Zwischenzeit Sklave des Erben sei.[2] Hiervon ausgehend sprachen die Sabinianer dem Erben auch Eigentum an den in einem bedingten Vindicationslegat vermachten Gegenständen zu. Die Proculianer dagegen hielten strenge an der ratio des Vindicationslegates fest, welche darin besteht, daß bei dem Antritt der Erbschaft durch den berufenen Erben die vermachten Gegenstände des legatum per vindicationem nicht erst in das Eigentum des Erben fallen, sondern direct auf den Legatar übergehen. Letztere Wirkung ist nun im vorliegenden Falle nicht möglich, da ja das Legat ein bedingtes ist. Um nun trotzdem der Ratio des Vindicationslegates zu entsprechen, d. h. um das Vermachte der Verfügungsgewalt des Erben zu entziehen, ist es das Zweckmäßigste, dasselbe als eine res nullius zu erklären, da es weder in das Eigentum des Erben noch in das des Legatars fallen kann. In letzterem Sinne haben auch die Proculianer ihre Entscheidung abgegeben.

§ 14.

Die Proculianer ließen auch einen extraneus aus einem legatum per praeceptionem erwerben.

Ein schlagendes Beispiel, wie sehr die Sabinianer in ihren Entscheidungen manchmal am Buchstaben festhalten, bildet die Controverse, welche bezüglich des legatum per praeceptionem unter den Schulen herrschte.

---

1) Gaius II § 200 Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius esset. nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est, eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est: quem constat interea heredis servum esse. sed diversae scholae auctores putant, nullius interim eam rem esse . . . .

2) Ulpian fragm. II § 1, § 2. Qui sub conoicione testamento liber esse iussus est, statuliber appellatur. Statuliber, quamdiu pendet condicio, servus heredis est. 1 9 pr. D. de stat. 40, 7: Statuliberum medio tempore servum heredis esse nemo est, qui ignorare debeat. Vgl. 1 29 § 1 D. qui et . . . . 40, 9.

Ein solches legatum per praeceptionem liegt vor, wenn der Erblasser ein Legat in Worte kleidete wie Lucius Titius hominem Stichum praecipito.

Die Sabinianer erklärten nun den Ausdruck praecipito für gleichbedeutend mit praecipuum sumere, das heißt etwas voraus erhalten[1] und wandten diese buchstäbliche Auslegung auch bei der rechtlichen Behandlung des legatum per praeceptionem iru. Für dieses Verhältniß ist jedoch ein solches praecipuum sumere nur dann möglich, wenn der mit einem solchen Legat Bedachte auf eine Quote der Erbschaft eingesetzt ist. Consequenter Weise erklärten demnach die Sabinianer das legatum per praeceptionem für nichtig, wenn es einem Dritten, Nichterben vermacht wurde.[2] Daher sollte sich nach eben dieser Meinung der Legatar keiner andern Klage als des unter coheredes stattfindenden familiae erciscundae iudicium bedienen dürfen.[3] In der weitern Entwicklung ihrer Entscheidung waren wiederum die Sabinianer unter sich nicht einig; denn die Einen ließen auf ein solches, einem extraneus vermachtes legatum per praeceptionem nicht einmal die Wirkungen des senatus consultum Neronianum erstrecken, indem sie ein vitium ex persona statuierten;[4] andere dagegen folgerten daraus, daß der extraneus nur aus einem legatum per praeceptionem nicht erwerben könne, wohl aber aus einem Legat mit einer andern Wortformel, daß ein vitium personae nicht vorhanden sei und demgemäß das senatus consultum Neronianum zur Geltung kommen müsse.[5]

Jedoch die Proculianer erklärten bezüglich der Wortformel des legatum per praeceptionem, daß das Wort prae überflüssig und ein solches Legat wie ein legatum per vindicationem zu behandeln sei. Demgemäß ließen sie es auch zu, daß ein Nichterbe mit einem Präcep-

---

1) Vgl. Schulting a. a. O. S. 651, Note 12. Hoc modo heredibus legatur, ut in iudicio id familiae erciscundae, quod legatum est, praecipiant, hoc et praelegatum dicitur et praecipuum.

2) Gaius II § 217. Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus est; § 218. Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum.

3) Gaius II § 219. Item nostri praeceptores quod ita legatum est, nulla ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae . . . . . .

4) Gaius II § 218 . . . . . adeo ut Sabinus existimaverit, ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse convalescere: nam eo, inquit, senatus consulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent: non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur.

5) Gaius II § 218 . . . . sed Iuliano et Sexto placuit, etiam ex hoc casu ex senatus consulto confirmari legatum: nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, velut per vindicationem, per damnationem, sinendi modo: tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit.

tionslegat bedacht wurde.[6] Daß diese Entscheidung der Proculianer als die für die Praxis zweckmäßigere anerkannt war, geht aus zwei, auch von Gaius erwähnten Momenten hervor, welche die Geltung der Proculianischen Entscheidung im praktischen Leben bekunden. Denn einerseits wurde sie durch eine Constitution Hadrians bestätigt,[6] und andrerseits konnte, wie Gaius berichtet, seit Hadrian jeder die per praeceptionem legierten Sachen vindicieren,[7] wenn unter den gegebenen Verhältnissen ein Vindicationslegat möglich gewesen wäre, das heißt, wenn die so legierten Gegenstände ex iure quiritium des Testators waren.

§ 15.

Ist zur Gültigkeit einer testamentarischen Vormundsernennung erforderlich, daß sie im Testamente nach der Erbeseinsetzung zu stehen kommt?

Das Wesen des Testaments bildete die Erbeseinsetzung, was die Regel bestätigt: „nullum testamentum sine herede." Die Erbeseinsetzung machte die Verfügung erst zu einem Testamente; sie war „vel caput et fundamentum testamenti."

Von diesem herrschenden Gedanken geleitet, daß eine letztwillige Verfügung erst durch die Fixierung des Erben zu einem Testamente werde, hat das vorjustinianische Recht die Bestimmung getroffen, daß andere mögliche Erklärungen, wie sie einem Testamente üblich zu sein pflegen, nicht mit rechtlicher Geltung zu bekleiden seien, wenn sie vor der Erbeseinsetzung ständen.

Dieser Satz, welcher den ordo scripturae wahren sollte, war nicht bestritten bezüglich eines Legats oder einer Freilassung.[1] Es konnte jedoch in einem Testamente auch eine Tutel angeordnet werden, und so erhob sich denn unter den Sabinianern und Proculianern die Controverse, ob auch die Ernennung eines tutor testamentarius nichtig sei, wenn dabei nicht auf den ordo scripturae gesehen wurde.

Die Sabinianer, deren Entscheidungen ja öfters durch das Moment der Analogie beeinflußt sind, ließen sich in dieser Frage dadurch bestechen, daß hier wie dort befehlende Worte gebraucht werden mußten[2]

---

[6]) Gaius II § 221. Sed diversae scholae auctores putant, etiam extraneo per praeceptionem legari pose proinde, ac si ita scribatur: Titius Hominem Stichum capito; supervacuo adiecta Prae syllaba: ideoque per vindicationem eam rem legatam videri. quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.

[7]) Gaius II § 222. Secundum hanc igitur opinionem, si ea res iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit, sive extraneus . . . .

[1]) Gaius II § 229. Ante heredis institutionem inutiliter legatur . . . . . § 230 Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest.

[2]) Vgl. Barn. Brisson. de Formulis VII S. 588.

und erklären so auch eine gegen den ordo scripturae verstoßende Vormundsernennung für nichtig.[3] Von der Proculianischen Schule, welche als solche zu einer specifischen Schulentscheidung nicht gelangt ist, waren Labeo und Proculus für die von den Sabinianern verworfene Ansicht, daß eine solche Vormundsernennung rechtlich gültig sei, mit der Begründung, daß durch eine Vormundsernennung die Erbschaft an sich nicht betroffen würde. Justinian entschied sich für die letztere practisch zweckmäßigere Ansicht.[4]

§ 16.

Die Proculianer erklärten ein dem Gewaltunterworfenen des Erben vermachtes Legat für nichtig.

Zunächst tritt uns bei der Behandlung dieser Controverse die Frage entgegen, ob wir es hier mit einem specifischen Schulenstreit zu thun haben oder nicht.[1] Das Letztere ist anzunehmen und zwar aus denselben Gründen, die sich aus der Betrachtung der Controverse über den Eigentumserwerb durch Specification ergaben.[2] Gaius hat nämlich auch hier einerseits in formeller Beziehung die gewöhnliche Gegenüberstellung von „nostri praeceptores“ und „diversae scholae auctores“ nicht gewahrt, und andrerseits in materieller Hinsicht, hat er, außer den entgegengesetzten Ansichten der Proculianer und der Hauptvertreter der Sabinianer, noch eine dritte erwähnt, die des Nichtsectierers Servius; beide Momente treffen aber bei keiner von Gaius in derjenigen Form berichteten Controverse ein, die einen Zweifel an dem Vorhandensein eines wirklichen Schulstreites nicht aufkommen läßt, nämlich in der Form der Gegenüberstellung von „nostri praeceptores“ und „diversae scholae auctores.“ Es ist demnach wie bei der vorigen Controverse die Proculianische Schule, in dieser die Sabinianische zu keiner specifischen Schulentscheidung gelangt. Was den Gegenstand der Streitfrage betrifft, so behandelt sie die Frage, ob der Gewaltunterworfene des Erben gültig mit einem Legate bedacht werden kann.

Gaius gibt uns in seinem Berichte drei verschiedene Ansichten, die in ihrem gegenseitigen Verhältniß zu einander geradezu eine Antiklimax

---

[3]) Gaius II § 231. Nostri praeceptores nec tutorem eo loco dari posse existimant: set Labeo et Proculus tutorem posse dari (putant) quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.

[4]) § 3 J. qui dari tut. I, 14 . . . ante heredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.

[1]) Gaius II, § 244. An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. Servius recte legari probat, sed evanescere legatum si, quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit. ideoque sive pure legatum sit et vivo testatore in potestate heredis esse desierit, sive sub condicione et ante condicionem id acciderit deberi legatum.

[2]) Vgl. § 10 S. 38 ff. der Abh.

bilden. Dieselbe baut sich auf der Unterscheidung der beiden möglichen Fälle auf, daß das Legat pure oder sub condicione vermacht sein konnte. Für beide Fälle behauptet Servius[1] die Gültigkeit des Legats, jedoch mit der Modification, daß dasselbe wieder ungültig werde, wenn der Bedachte noch zu der Zeit in der Gewalt des Erben stehe, zu welcher das Legat seine rechtlichen Wirkungen äußern müßte. Demgemäß verlangt Servius für die Gültigkeit des pure Vermachten, daß der Honorirte noch zu Lebzeiten des Testators aus der Gewalt des Erben käme, welches Erforderniß bei dem unter einer Bedingung hinterlassenen Legat in dem Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung vorliegen muß, damit das Legat aufrecht erhalten werde.

Eine etwas einschränkendere Entscheidung gaben Sabinus und Cassius,[3] indem sie das pure vermachte Legat mit Rücksicht auf die regula Catoniana für alle Fälle als nichtig ansahen, bezüglich des legatum sub condicione sich aber Servius anschlossen.

Die Antiklimax vollendend erklärten die Proculianer[3] ein Legat an den Gewaltunterworfenen des Erben unter allen Umständen für ungültig, jedoch nicht mit irgend welcher Rücksichtnahme auf die regula Catoniana, sondern weil sie mit dem Institut der potestas ein obligatorisches Verpflichtungsverhältniß gegenüber dem Unterworfenen nicht für vereinbar hielten, ein Grund, der sich unter den Neuern große Anerkennung verschafft hat. So sagt z. B. Pernice[4] über die potestas dominica: „Die Consequenzen aus diesem Grundsatze, daß ein eigentliches Rechtsverhältniß zwischen Herrn und Sklaven unmöglich sei, hat die Jurisprudenz rücksichtslos gezogen: so ist die Verbürgung für eine Schuld des Herrn an den Sklaven nichtig; die wirthschaftliche Selbständigkeit des Sklaven ist also Schein. Die Jurisprudenz hat nun auch hier sog. Naturalobligationen anerkannt. Diese sind indessen, während bestehendes Gewaltsverhältnisses nur denkbar bei Forderungen des Herrn gegen den Sklaven, nicht für den umgekehrten Fall. Denn jedes, wenn auch der Klage ermangelnde, obligatorische Band widerspricht der rechtlich gewährleisteten Willkür des Herrn."

Es haben demnach auch hierbei die Proculianer ihre Principien der practischen Zweckmäßigkeit gewahrt.

---

[3]) Gaius II, § 244. Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte putant: licet enim vivo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intellegi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset. diversae scholae auctores nec sub condicione recte legari putant; quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.

[4]) Pernice a. a. O. S. 155 ff.

Justinian seinerseits hat die auch bei Ulpian[5] erwähnte Entscheidung adoptiert.[6]

§ 17.
In iure cessio hereditatis.

Dieselbe Controverse, welche unter den beiden Schulen über die Wirkungen einer in iure cessio hereditatis des heres necessarius herrschte, bestand auch bezüglich des suus et necessarius heres.[1] Dabei stellen Sabinianer und Proculianer unter gleicher Begründung dieselben sich gegenüberstehenden Ansichten auf[2] wie bei dem heres necessarius. Die Sabinianer lassen demnach durch eine in iure cessio hereditatis des suus et necessarius heres keine Aenderung an dem bestehenden Verhältniß eintreten. Die Proculianer dagegen, nach Maßgabe des Testamentserben entscheidend, geben den Uebergang der körperlichen Bestandteile der Erbschaft zu, während sie jedoch den Cedenten den Erbschaftsgläubigern haften und die Erbschaftsforderungen untergehen lassen.

§ 18.
Ist ein unter einer unmöglichen Bedingung hinterlassenes Legat nichtig?

Die juristische Behandlung der unmöglichen Bedingung ist eine verschiedene, je nachdem sie Verträgen oder testamentarischen letztwilligen Verfügungen hinzugefügt wird. Die einem Vertrag hinzugefügte unmögliche Bedingung macht ihn völlig ungültig, da ein solcher als eine Absurdidät nicht gewollt sein kann.[1] Dagegen bezüglich des unter einer unmöglichen Bedingung vermachten Legats herrschte eine Controverse unter den Schulen der römischen Juristen.

---

[5]) Ulpian fragm. XXIV. § 123. Ei, qui in potestate. manu, mancipiove est scripti heredis, sub condicione legari potest, sed requiritur, ut, quo tempore dies legati cedit in potestate heredis non sit.

[6]) § 32 J. de legatis II, 20. An servo heredis recte legamus, quaeritur. et constat pure inutiliter legari nec quidquam proficere, sivivo testatore de potestate heredes exicrit, quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator hoc non debet ideo valere, quod diutius testator vixerit. sub condicione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

[1]) Vgl. § 9 S. 34 ff. der Abh.

[2]) Gaius III § 87. Suus autem et necessarius heres an aliquid agat in iure cedendo quaeritur, nostri praeceptores nihil eos agere existimant: diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur.

[1]) Epitome II, 9 § 6. Praeterea inutilis est promissio, si aliquis rem sub tali condicione promittat, quae inpleri pro rei difficultate non possit. Vgl. § 11 J. de inut. stip. III, 19.

Die Proculianer wollten auch dieses Legat als nichtig ansehen, während die Sabinianer die unmögliche Bedingung als gar nicht geschrieben betrachten und die betreffende letztwillige Verfügung so aufrecht erhalten, als wenn sie unbedingt getroffen worden sei.[2]

Diese letzte Ansicht ist nun auf das Justinianische Recht übergegangen.[3]

Um nun die Sabinianische Entscheidung, welche scheinbar mit ihren bei der Behandlung andrer Controversen kundgegebenen wissenschaftlichen Principien nicht übereinstimmt, auf eine gewisse Tendenz zurückzuführen, schreibt man ihnen gewöhnlich[4] folgende Beweggründe für ihre Entscheidung zu: Man müsse berücksichtigen, daß denjenigen, welchem etwas unmöglich Bedingtes hinterlassen ist, gar kein Vorwurf treffen könne, da ja der Testator jene Verfügung einseitig erlasse. Dagegen bei Verträgen sei diejenige Partei, welcher eine unmögliche Bedingung gesetzt ist, nicht von der Mitschuld freizusprechen, da sie ja selbst zu einem solchen absurden Vertrage mitgewirkt habe.

Halten wir nun an dieser Erklärung fest, so setzen wir uns ganz energisch in Widerspruch mit den bei der allgemeinen Besprechung der Schulen nachgewiesenen, entgegengesetzten wissenschaftlichen Tendenzen der beiden Secten. Denn wir sehen, wie es gerade die Proculianer sein sollen, die an der starren Rechtsregel festhalten, während es den Sabinianern vorbehalten ist, bei ihrer Entscheidung auf Verhältnisse Rücksicht zu nehmen, die sogar die Wissenschaft nur in den seltensten Fällen zur Richtschnur genommen wissen will.

Um nun diesem Widerspruch zu entgehen, dürfte vielleicht folgende Erklärung geeigneter erscheinen, möglicher Weise das Richtige zu treffen:

Es ist nämlich m. E. der Bestimmungsgrund der Sabinianer im Anschluß an die Praxis resp. in der allgemeinen Regel zu sehen, daß letztwillige Verfügungen womöglich aufrecht zu erhalten seien. Daß sich die Proculianer an diese Regel nicht kehren wollten, ist ihnen nicht zu verdenken. Denn warum sollen gerade letztwillige Verfügungen mit einer unmöglichen Bedingung gültig sein, während doch andern Rechtsacten,

---

[2]) Gaius II § 98 . . . . . sed legatum sub inpossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea condicio adiecta non esset: diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem.

[3]) § 10 J. de her inst. II, 14 Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.

[4]) Vgl. z. B. Schulting a. a. O. S. 157, Note 57. Impossibilis enim conditio vitiat contractum veluti ultimam voluntatem non vitiat, sed conditio pro non scripto habetur . . . . . Quaenam diversitatis est ratio? ea est: quia qui solus agit (uti is est, qui testatur) si errore aliqua ducatur, non habet, qui animadvertat. at in contractibus quia ex duorum pluriumve consensu aguntur et omnium voluntas spectatur procul dubio talis cogitatio est, ut non omnes facile labantur. Praeterea favorabiliter est ultima voluntas et sustineri facilius solet.

wie Verträgen, durch eine solche Nebenberedung die rechtliche Geltung entzogen wird? Vielmehr dachten die Proculianer ganz consequent, daß der Testator durch Hinzufügung einer unmöglichen Bedingung sich mehr einen Scherz erlaubt, als ein Legat constituiert habe, weshalb durch die Nichtigkeitserklärung einer solchen Verfügung sein Wille am ehesten gewahrt werde.

§ 19.

Kann eine libera persona mit rechtlicher Gültigkeit in einer Stipulation für sich und einen andern stipulieren?

Das altrömische Recht ließ eine Stipulation zugunsten eines Dritten nur in dem Fall zu, daß der stipulator in der patria oder dominica potestas des für den Erwerb in Aussicht Genommenen stand.[1] Diese Ausnahme von der Regel des römischen Rechts, daß aus einem Vertrage in favorem tertii keine Klage zulässig sei, die sich bei dem Haussohn leicht erklärt, war, nach Pernice, bezüglich des Sklaven eine notwendige Folge der Sitte, sich derselben als Stellvertreter, zunächst als Boten, dann als selbständiger Gehilfen zu bedienen.[2]

Bestand jedoch kein solches Gewaltverhältniß zwischen den Stipulator und dem, der erwerben sollte, so erlangte die Stipulation keine rechtliche Geltung.

Es konnte nun der Fall eintreten, daß eine gewaltfreie Person durch eine Stipulation zugleich für sich und für einen Dritten erwerben wollte. Ist eine solche Stipulation nichtig, oder, wenn auch nur teilweise, aufrecht zu erhalten? Diese Frage bildete unter den Schulen den Gegenstand einer Controverse.[3]

---

[1]) L. 1 C. per quas pers. nob. adquir. III, 27 Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuris non est subdita, nihil adquiri posse indubii iuris est.

[2]) Pernice a. a. O. S. 120: „Da sie indessen das ius commercii nur als Automaten ihres Herrn hatten, so kömmt der gemachte Erwerb unmittelbar an den letzteren und ihre Fähigkeit dazu bestimmt sich lediglich nach der Fähigkeit desselben. Schon bei Plautus ist kein Zweifel, daß der Sklave seinem Herrn durch Stipulation erwerben könne, auch wenn dieser vom Abschlusse des Rechtsgeschäftes nichts weiß. Für die andern Rechtsgeschäfte unter Lebenden, abgesehen von der in iure cessio, die Proceßfähigkeit voraussetzte und deshalb dem Sklaven nicht zugänglich war, und für die Rechtsgeschäfte von Todeswegen, haben wir freilich erst Belege aus der Kaiserzeit. Allein das kann unmöglich gegen das Alter der Regel beweisen.“ . . . . .

[3]) Gaius III, § 103 . . . . . unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. nostri praeceptores putant, in universum valere, et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. sed diversae scholae auctores . . . . . (Proculianorum sententiam l 110 pr. de verb. obl. 45, 1 Pomponius exprimere videtur, cum ait: Si mihi et Titio, in cuius potestate non sim, stipuler decem non tota decem, sed sola quinque mihi debentur: pars enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.)

Einig waren Sabinianer und Proculianer darüber, daß einerseits der Dritte aus einer solchen Stipulation nicht erwerben könne und andrerseits dieser Verbalvertrag für den Teil des Stipulators, das heißt für seine Hälfte, aufrecht zu erhalten sei. Auseinandergingen ihre Entscheidungen nur bezüglich der Frage, ob der dem extraneus von den beiden Contrahenten zugedachte Teil den des Stipulators vermehre, oder ob bezüglich desselben überhaupt keine bindende Obligatio bestehe.

Die Proculianer erklären sich für die letztere Entscheidung und geben dem Stipulator eine Klage nur bis zur Hälfte der obligierten Summe, jedenfalls von dem Gedanken ausgehend, daß ein Erwerb der ganzen für den Stipulator infolge des Mangels einer beiderseitigen, darauf hinzielenden, Übereinstimmung unter den Contrahenten unmöglich ist. Denn das Wesen und der hohe Wert der Stipulation liegt ja gerade in der strengen Förmlichkeit dieses Verbalcontractes.[4]

Die Sabinianer dagegen verkennen diese, gerade in der strengen Form liegende, Zweckmäßigkeit der Stipulation und lassen aus derselben den Stipulator das Ganze so erwerben, als ob der Name des extraneus gar nicht hinzugefügt worden sei.

Justinian, welcher in § 4 J. de inutilibus stipulationibus III, 19 die Controverse andeutet, hat im Sinne der Proculianer entschieden.[5]

§ 20.

Ob die Peregrinen in der Form der nomina transcripticia novieren können, ist bestritten.

Bei den Römern hatte sich infolge eines Herkommens die Sitte, welche heute für Kaufleute zur gesetzlichen Pflicht sogar geworden ist, eingebürgert, daß ein jeder pater familias einen codex accepti et expensi führte. Dieses Buch wurde, abgesehen von den Eintragungen der Ausgaben und Einnahmen auch zur Begründung von Obligationen benutzt und zwar durch eine Art von Novation, welche durch Einzeichnung eines bereits geschuldeten Betrags in das Buch vorgenommen wurde. Wie nun eine jede Novation eine Veränderung in den Subjecten der Obligation hervorrufen kann, so war dies auch bei einer solchen Eintragung, nomen

[4]) Kuntze a. a O. S. 515 . . . . . Diese Einfachheit der Form, verbunden mit der Zweckmäßigkeit eines prägnanten Ausdrucks für die Ernstlichkeit und Reife des Contrahirungsentschlusses, befähigte die Stipulatio so vorzüglich zu der populären Geltung, welche sie nicht blos unter den Römern Jahrhunderte lang behauptete, sondern auch unter den Peregrinen im Reiche erlangte.

[5]) § 4 J. de inut. stip. III, 19 . . . . . quod si quis sibi et alii cuius iuri subiectus non sit, decem dari aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio: sed utrum totum debetur quod in stipulatione deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est: sed placet non plus quam partem dimidiam ei adquiri.

transcripticium genannt, der Fall. Demgemäß konnte ein solches nomen transcripticium sowohl a re in personam, also unter denselben Personen, als auch a persona in personam geschehen. Fand das letztere statt, so trat entweder ein neuer Gläubiger oder ein neuer Schuldner in das obligatorische Verhältniß ein. Diese Unterscheidung bildete den Ausgangspunkt einer der verschiedenen Ansichten,[1] welche über die Frage, ob durch das nomen transcripticium, als einem negotium iuris civilis, auch Peregrinen verpflichtet würden bestanden, eine Controverse, an welcher sich nach dem Gaianischen Text auch einzelne Mitglieder der beiden Schulen beteiligten. In diesem Sinne werden von Gaius angeführt Nerva, Sabinus und Cassius, von welchen die beiden letztern einer von Nerva verworfenen Ansicht huldigten.

Das Haupt der Proculianer ging nämlich von dem Gedanken aus, daß infolge des nomen transcripticium die Forderung nicht mehr aus dem ursprünglichen Schuldgrunde, sondern aus der Eintragung herzuleiten sei. Da nun aber die Eintragung eine obligatio iuris civilis begründet, so gab Nerva nicht die Möglichkeit einer Verpflichtung des Peregrinen aus einem nomen transcripticium zu. Sabinus und Cassius dagegen wollten nur bei dem nomen transcripticium a persona in personam eine nova obligatio anerkennen, weshalb sie auch bezüglich der Form a re in personam eine obligatorische Verpflichtung des Peregrinen bejahen.

§ 21.

Kann der Kaufpreis mit rechtlicher Gültigkeit in das Ermessen eines Dritten gestellt werden?

Ob uns Gaius in dem Berichte, daß unter den römischen Juristen die Zulässigkeit der Ermittelung des Kaufpreises durch das Ermessen eines Dritten bestritten gewesen sei, eine Schulcontroverse überliefere, ist noch unter den neuern Romanisten der Gegenstand eines lebhaften Streites. So spricht sich z. B. im bejahenden Sinne Dirksen[1] aus, wo-

---

[1] Gaius III § 133. Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo iuris civilis est talis obligatio: quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam non obligari.

[1] Dirksen a. a. O. S. 78 . . . . . . allein die Vergleichung (des Justinianischen Textes mit) der Darstellung des Gaius macht es mehr als wahrscheinlich, daß jene Controverse von den Juristenschulen geführt sei und daß sich die Sabinianer für die Bestimmung des pretii durch die Contrahenten erklärt, die Proculianer dagegen auch die Bezugnahme auf das arbitrium tertii für zulässig erklärt haben. Denn obwohl Gaius bei dieser Gelegenheit nicht die gewöhnliche Bezeichnung; nostri praeceptores — diversae scholae auctores angewendet hat, so liegt doch in dem Gegenüberstellen von Cassius und Proculus eine unzweifelhafte Collectivbezeichnung der Sectierer.

gegen Schweppe die Frage kurzweg verneint[2] und zwar mit Recht. Denn gegen die von Dirksen gewählte Begründung, daß in der Gegenüberstellung von Cassius und Proculus eine unzweifelhafte Collectivbezeichnung der Sectierer liege, sprechen doch zu viele gewichtige Momente, als daß man nicht lieber Schweppe's Ansicht beipflichten müßte.

Wenn wir nämlich schon in der Lage waren, sogar bei der Erwähnung von Labeo und Proculus, als Anhängern derselben Ansicht, eine specifische Schulcontroverse verneinen zu müssen,[3] um wie viel mehr erst im vorliegenden Falle, wo noch dazu die Meinungen der beiden Hauptvertreter der Proculianer auseinandergehen? Abgesehen davon, daß hier wieder ein Fall vorliegt, wo uns Gaius im Anschluß an zwei sich gegenüberstehende Meinungen, von denen die eine die eines Nichtsectierers ist, die Entscheidung des Cassius und Proculus gibt, dürfte auch vielleicht noch folgendes Moment in das Gewicht fallen: daß Gaius in direct aufeinander folgenden Paragraphen jeweils einer Controverse Erwähnung thut, kommt außer in dem vorliegenden und auf ihn folgenden Bericht von III § 140 und § 141 nur noch an zwei andern Stellen vor, nämlich in III § 167 und § 168 und in IV § 78 und § 79. Betrachtet man nun die Wortformeln, unter welchen die vier Controversen in III § 167, 168 und IV § 78, 79 berichtet werden, so wird man finden, daß Gaius ohne jede Ausnahme diese 4 Streitfragen in diejenige Form einkleidet, welche zweifellos auf das Vorhandensein einer specifischen Schulcontroverse schließen läßt; in IV § 168 mit der Modification, daß er für den gewöhnlichen Ausdruck „nostri praeceptores“ sogar die stärkste Form wählt, nämlich „Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores“. Aus dieser Wahrnehmung ist nun m. E. zu schließen, daß Gaius nicht, wie man möglicherweise behaupten könnte, die verschiedenen Gegenüberstellungen willkürlich wählt, vielleicht um eine öftere Wiederholung derselben Form zu vermeiden, sondern, daß er dabei mit der in § 2 der Abhandlung besprochenen strengen Unterscheidung zu Werke geht. Demgemäß darf man in dem Berichte des § 140 keine Schulcontroverse erblicken und muß man auch darauf verzichten, diese Streitfrage auf die von uns nachgewiesenen wissenschaftlichen Principien der Schulen zurückführen zu wollen.

Was den Gegenstand dieser allgemeinen Controverse[4] betrifft, so verneint Cassius im Anschluß an Labeo, daß die Bestimmung des Kauf-

---

[2]) Schweppe, Römische Rechtsgeschichte S. 569. Die Zulässigkeit der Bestimmung des Kaufpreises durch einen Dritten war anfangs bestritten, mehr unter den Juristen derselben Schule als unter den Schulen selbst.

[3]) Vgl. § 2, § 16 der Abh.

[4]) Gaius III, § 140. Pretium autem certum esse debet. alioquin si ita inter eos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo

preises gültig in das Ermessen eines Dritten gestellt werden könne, während Proculus, die Entscheidung des Ofilius adoptierend, dies für zulässig erklärt. Justinian hat die Streitfrage, welche practisch[5] schon seit älterer Zeit in bejahendem Sinne entschieden worden ist, auf diese Weise endgültig geregelt, daß er es in die Macht des Dritten stellt, dem Vertrage rechtliche Wirkung zu verleihen. Bestimmt er nämlich den Preis, so sollen die beiden Contrahenten daran gebunden sein, im entgegengesetzten Falle ist kein Kauf zustande gekommen.[6]

§ 22.

Die Sabinianer wollen Kauf und Tausch rechtlich gleich behandelt wissen.

Es ist eine nicht zu bezweifelnde Thatsache, daß sich in den ältesten Zeiten, als man den Gebrauch eines allgemeinen Wertmessers noch nicht kannte, das Tausch und Kaufgeschäft begrifflich und rechtlich deckten. Ja der ganze älteste römische Handelsverkehr beruhte auf dem Tauschgeschäft. Ein solcher Tauschverkehr reicht nun für die menschlichen Verhältnisse so lange aus, als er sich nur auf wenige Güter erstreckt. Ist derselbe aber in größerem Umfange notwendig geworden, so treten sehr große Schwierigkeiten auf, welche nur durch die Einführung eines sogenannten Geldgutes, das heißt eines allgemeinen Wermessers, gehoben werden können, wofür sich nach den Erfahrungen aller Völker ganz besonders das Metall eignet.

So hat auch das ausgedehnte römische Verkehrsleben, schon frühe diese Notwendigkeit erkennend, zu dem Begriffe des Geldes (pecunia) geführt. Mit der Einführung desselben mußte nun notwendigerweise eine juristisch bedeutsame Scheidung des Tausches und Kaufes eintreten, was auch nach den verschiedensten Berichten der Quellen wirklich der Fall

---

negavit, ullam vim hoc negotium habere: quam sententiam Cassius probat: Ofilius et eam emptionem putat et venditionem: cuius opinionem Proculus secutus est.

[5]) Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. I S. 636: „In der Anwendung ist es ohne Zweifel sehr alt; wiederholt findet es sich in den catonischen leges, und daß bei Staatspachtungen ein guter Teil der Ausführung, Prüfung u. s. w. dem formell unbeschränkten Ermessen des den Staat vertretenden Magistrats überlassen war, ist bekannt. Bezog es sich nun bei gleichartigen Verträgen regelmäßig auf dieselben Punkte, so ist nicht zu bezweifeln, daß es im Laufe der Zeit auch einen gewissen tralaticischen und stereotypen Inhalt gewann, indem sich über die Behandlung jener Punkte eine feste Praxis bildete, von der im einzeln Falle nur unter ganz besondern Umständen abgewichen wurde.“ . . . .

[6]) § 1 J. de empt. et vend. III, 23 . . . . . sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio „quanti ille aestimaverit,“ sub hac condicione staret contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit omni modo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. sin autem ille, qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto.

gewesen ist. Den Ausgangspunkt dieser Scheidung bildete der Gedanke, daß man bei dem Kauf in dem erhaltenen Preise, nicht wie bei dem Tausch, ein zur Consumption, sondern ein zur immerwährenden Circulation bestimmtes, wirtschaftliches Gut erhält. Daß sich auf diese Weise wohl die thatsächliche Scheidung von Tausch und Kauf herangebildet, ist nicht zu bezweifeln; wie aber die rechtlich juristische Differenziierung dieser Verträge zustandegekommen ist, diese Frage bildet heute noch den Gegenstand eines lebhaften Streites; auch unter den römischen Juristen war unsere Frage ein wissenschaftliches Problem, was ja zur Genüge die bekannte Streitfrage der beiden Schulen beweist, ob der Kaufpreis auch in andern Sachen als in Geld bestehen könne.[1] Während nämlich die Sabinianer es für vereinbar mit dem Begriffe des Kaufs hielten, daß der Preis nicht in Gelde bestehe, verfechten die Proculianer die entgegengesetzte Ansicht, die auch im Justinianischen Recht zur Geltung gelangt ist.[2]

Wenn wir nun nach den tiefern Gründen für die entgegengesetzten Entscheidungen forschen wollen, so ist dies nicht möglich, ohne daß wir zuvor auf den Entwicklungsgang der rechtlichen Natur des Kaufes einen Blick werfen.

Zwei Ansichten sind es hauptsächlich, die sich in dieser Lehre gegenüberstehen. Die eine, welche wohl als die herrschende bezeichnet werden kann, wird verteidigt von Pernice, Ubbelohde und andern.[3] Sie sieht in der ursprünglichen Gestaltung des Kaufs einen Realvertrag, der sich erst durch die Forderung der Proculianer zum Consensualvertrag herausgearbeitet habe. Als Argument wird vornehmlich angeführt der Sprachgebrauch von emere, der viel mehr umfaßt habe als das Kaufen, und die oben angeführte Controverse der beiden Schulen. Hiegegen wendet sich in einer größern Abhandlung Bechmann.[4]

---

[1]) Gaius III, § 141 . . . . . nostri praeceptores putant etiam in alia re (sc. atque in pecunia) posse consistere pretium. unde illud est, quod vulgo putant, per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse, argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait:

ἔνθεν ἄρ᾽ οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ᾽αἴθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ ῥινοις, ἄλλοι δ᾽αὐτῇσι βόεσσιν,
ἄλλοι δ᾽ἀνδραπόδεσσι.

diversae scholae auctores dissentiunt, aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem: alioquin non posse rem expediri, permutatis rebus, quae videatur res venisse, et quae pretii nomine data esse;

[2]) § 2 J. de empt. et vend. III, 23 . . . . sed Proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam merito praevaluit, cum . . . . .

[3]) Vgl. Pernice a. a. O. S. 465, Ubbelohde, zur Gesch. der benannten Realcontracte S. 59.

[4]) Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht Bd. I.

Während nämlich, wie gezeigt, nach Pernice die Schulencontroverse den rechtlichen Unterschied von Kauf und Tausch erst geschaffen hat, setzt Bechmann vielmehr denselben als schon bestehend voraus und betrachtet die Streitfrage vielmehr als einen Versuch der Sabinianer, Begriff und Vortheil des klagbaren Consensualcontractes auch auf den Tausch auszudehnen.

Jedoch zu prüfen, welcher von beiden Theorien der Vorzug gebührt, gehört nicht in den Rahmen unsrer Arbeit; auch kommt darauf für unsern Zweck, der Controverse die wissenschaftlichen Principien der Schulen zu entnehmen, nichts an. Denn welcher von den zwei Theorien wir uns auch anschließen, nach beiden erhalten wir die Bestätigung für den von uns aufgestellten Gegensatz der Zweckmäßigkeit auf Seiten der Proculianer und des Anschlusses an die Regel der Praxis oder der Gesetze oder Analogie auf Seiten der Sabinianer. Stehen wir nämlich auf dem Standpunkt Pernices, so halten die Sabinianer an dem überlieferten Rechte fest, welches keinen Unterschied zwischen Tausch und Kauf kannte, und ist es den Proculianern vorbehalten, mit Rücksicht auf den Verkehr zu betonen, daß bei Zulässigkeit der Preisbestimmung in andern Sachen als in Geld man nicht wisse, was als Preis und was als Kaufobject zu betrachten sei. Gehen wir aber von der Theorie Bechmanns aus, so bleiben die Tendenzen der Proculianer dieselben wie bei der Theorie Pernices, während die Sabinianer nach Analogie des Kaufs die Natur eines Consensualcontractes auch für den Tausch verlangen.

§ 23.

Welche Folgen hat es, wenn der Mandatar sich nicht strenge an den Inhalt seines Mandats hält?

Was die in folgendem zu behandelnde Streitfrage bezüglich des Mandats betrifft, so ist sie insoferne eine eigentümliche, als hierbei der Justinianische Text in seiner Fassung viel weiter geht als der Gaianische.[1] Denn während Gaius, dadurch daß er bei der Behandlung des Mandats ein angeführtes Beispiel mit den Worten „idque maxime Sabino et Cassio placuit“ bestärkt, höchstens eine allgemeine Controverse der römischen Juristen andeutet, stellt Justinian in seinem Berichte dem Sabinus und Cassius die Ansicht der diversa schola gegenüber. Doch kann dies die Autorität des Gaius nicht erschüttern, zumal da ja Justinian in seinen Institutionen nur ganz wenige Controversen der Sabinianer und Proculianer als solche wiedergibt, sondern sich vielmehr meistens mit ganz allgemeinen Ausdrücken begnügt, wie inter veteres dubium

[1]) Vgl. Anm. 3 und 4 dieses §.

erat oder quidam sentiebant und ähnlichen. Der letztere Umstand beweist zur Genüge, daß es Justinian bei dem kurzen Text der Institutionen mehr auf die Materie als auf die genaue Form ankommt. Doch läßt sich sogar aus den Worten des Justinianischen Textes nicht folgern, daß eine wirkliche Controverse der beiden Schulen bestand, sondern nur — dies aber mit der größten Sicherheit — daß der Ansicht des Sabinus und Cassius die entgegengesetzte der Proculianer gegenüberstand. Daß jedoch Gaius die Entscheidung der Proculianer nicht besonders erwähnt, erklärt sich daraus, daß er mit den Worten „idque maxime Sabino et Cassio placuit" eine Gegenüberstellung gegen die geltende, und auch Proculianische Ansicht bezweckt.

Den Gegenstand der Controverse bildet die Zulässigkeit der actio mandati contraria beim Überschreiten der Schranken des Mandats durch den Mandatar. Es ist nämlich ein unzweifelhaft feststehender Satz des Obligationenrechts, daß sich der Mandatar, um nicht die Klage gegen den Mandanten zu verlieren, streng innerhalb der fines mandati zu halten habe. Gegen diese Forderung kann der Beauftragte in doppelter Hinsicht verstoßen, nämlich einerseits zu Gunsten und andrerseits zu Ungunsten des Auftraggebers. Im ersten Falle kann nun von einem Verluste der Klage nicht die Rede sein, da der Mandant jedenfalls gegen eine für ihn noch günstigere Abwicklung seines Auftrages nichts einwenden wird.[2] Dagegen liegt das Verhältniß anders, wenn der Mandatar die ausdrücklich erhaltenen Instructionen zu Ungunsten des Auftraggebers überschreitet. In diesem Falle muß man es sicherlich dem Mandanten anheimstellen, ob er bei der neuen Sachlage den Abschluß anerkennen und so dem Mandatar die actio mandati contraria ermöglichen will oder nicht, Es fragt sich nun, ob der Beauftragte eine Purgation seines Verstoßes nicht dadurch hervorrufen kann, daß er den angerichteten Schaden auf sich nimmt und von dem Auftraggeber für den gemachten Aufwand nur in Gemäßheit der erhaltenen Instructionen Entschädigung verlangt.

Die Proculianer trugen kein Bedenken, eine solche Purgation zuzulassen, indem sie aus Rücksicht für die praktische Zweckmäßigkeit mit Recht annahmen, daß auch so der Zweck des Mandats erfüllt sei.[3] Sa-

---

[2]) § 8 J. de mand III., 26 . . . . quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intellegitur, ut minoris si posset emeretur. Vgl. Gaius III, § 161.

[3]) Gaius III, § 161. Cum autem is, cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem quatenus mea interest, inplesse eum mandatum, si modo inplere potuerit: at ille mecum agere non potest. itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeres, tu sestertiis C L emeris, non habebis mecum mandati actionem etiamsi

binus und Cassius dagegen sehen in schroffer Weise mehr auf die Form als auf den Inhalt der Abmachung und lassen es, analog den allgemeinen Regeln über das vertragswidrige Handeln, von dem Mandanten abhängig sein, ob er das Mandat unter den ursprünglichen Bedingungen aufrecht erhalten, oder lieber auf das id quod interest klagen wolle.[3)]

Justinian hat sich, wie nicht anders zu erwarten war, den Proculianern angeschlossen.[4)]

§ 24.

Die Sabinianer lassen den auf Befehl eines der Miteigentümer handelnden Sklaven für diesen Herrn erwerben, gleichviel ob er ausdrücklich für ihn stipuliert oder nicht.

Daß die Römer den Sklaven in rechtlicher Beziehung als eine Sache betrachtet haben, zeigt sich namentlich darin, daß sie fast alle sachenrechtliche Institute auch auf den Sklaven anwendeten. So war eine Occupation des Sklaven ohne Herrn, als einer res nullius, es war ein ususfructus, ja ein Pfandrecht an ihm möglich. Jedoch führten die Römer, namentlich in späterer Zeit, dieses Princip nicht strenge durch, indem sie den innern Widerspruch erkannten, der darin liegt, daß ein vernunftbegabtes Wesen wie eine rechtlose Sache behandelt werden soll. Denn sie ließen auf der andern Seite den Sklaven an verschiedenen Instituten teilnehmen, die einen willensfähigen Menschen zur Voraussetzung haben. Der Sklave konnte wenigstens ein eheähnliches Verhältniß, contubernum, eingehen; es gab für ihn, wie für den Haussohn durch emancipatio, durch die manumissio eine Befreiung von der potestas des Gewalthabers. Ja es war ihm das wichtigste sachenrechtliche Institut insofern zugänglich, als er die Fähigkeit zum Eigentumserwerb besaß, allerdings mit derselben Maßgabe wie der Haussohn, daß er nämlich nicht für sich sondern für seinen Gewalthaber erwarb. Diese Zwitterstellung des Sklaven, als einer, mit einer gewissen Persönlichkeit bedachten rechtlosen Sache mußte zu eigenartigen rechtlichen Verhältnissen führen und so manche Controverse unter den römischen Juristen hervorrufen. In diesem Sinne berichtet uns auch Gaius eine Streitfrage, welche die Proculianer und Sabinianer beschäftigte:

---

tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandasssem. idque maxime Sabino et Cassio placuit.

4) § 8 J. de mand. III, 26 Is qui exsequitur mandatum non debet excedere fines mandati. ut ecce siquis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes neque in ampliorem pecuniam fideiubere, alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere velis inutiliter te acturum: diversae scholae recte te usque ad centum aureos acturum existimant: quae sententia sane benignior est.

Wie eine jede Sache konnte auch ein Sklave im Miteigentum stehen. Machte nun ein solcher servus communis einen Erwerb, so fiel die betreffende Sache in das Miteigentum der mehreren Herrn. Dieser regelmäßigen Gestaltung der Eigentumsverhältnisse an der erworbenen Sache konnte jedoch der Sklave eine andere Wendung geben, wenn er bei dem Erwerbungsacte für einen bestimmten Herrn z. B. ausdrücklich stipulierte. In einem solchen Falle entstand nicht Mitberechtigung, sondern der beim Abschluß Genannte wurde ausschließlich berechtigt. Es war nun die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der servus communis von einem Herrn den Befehl erhielt, für ihn allein zu stipulieren. Wenn dann der Sklave bei dem Abschluß der Stipulation diesen Befehl außer Acht ließ und für keinen seiner Gewalthaber sich besonders versprechen ließ, fiel dann auch die erworbene Sache in das Miteigentum der mehreren Herrn oder ausschließlich in das Eigentum dessen, der den Befehl erteilt hatte? Bezüglich dieses Punktes gaben Sabinianer und Proculianer eine verschiedene Entscheidung.[1] Denn während ein solcher vom servus communis abgeschlossener Verbalcontract nach den Proculianern eine Mitberechtigung der Herrn auf den Obligationsgegenstand hervorruft, begründet er nach der Sabinianischen, und auch von Justinian[2] adoptierten Ansicht dieselben rechtlichen Wirkungen, wie wenn der Sklave in Gemäßheit des erhaltenen Befehles stipuliert hätte.

Was nun die Bestimmungsgründe für die entgegengesetzten Entscheidungen der beiden Schulen betrifft, so sieht sie Dirksen[3] darin, daß die Proculianer mit Berücksichtigung des Wesens der vertragsmäßigen Obligationen geurteilt hätten, indem ja zur Gültigkeit des Consenses die Übereinstimmung von Promissor und Stipulator hinsichtlich der Person des Creditor gehöre; die Sabinianer dagegen hätten sich durch eine solche Rücksichtnahme nicht beeinflussen lassen.

Jedoch ist es m. E. verfehlt, den Sabinianern den Vorwurf zu machen, als ob sie einen der wichtigsten Grundsätze des Obligationenrechts nicht anerkennen sollten, wonach zu einem gültigen vertragsmäßigen Abschluß vollkommener Consens der Contrahenten nötig ist, zumal da

[1]) Gaius III, § 167 . . . . nostri praeceptores perinde ei, qui iusserit, soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus, mancipiove accepisset. diversae scholae auctores perinde utrisque adquiri putant, ac si nullius iussum intervenisset.

[2]) § 3 J. per quas pers. III, 28 Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est, excepto eo, quod uni nominatim stipulando aut per traditionem accipiendo illi soli adquirit, veluti cum ita stipuletur: „Titio domino meo dare spondes?“ sed si unius domini iussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat, qui hoc ei facere iussit, ut supra dictum est.

[3]) Vgl. Dirksen a. a. O. S. 78.

ein viel näher liegender Grund für die Sabinianer maßgebend gewesen sein dürfte.

Schon oben[4] haben wir nämlich gezeigt, wie sich aus der ursprünglichen Sitte, sich der Sklaven als Stellvertreter zu bedienen, mehr und mehr die Regel herausbildete, den Sklaven als ein eignes Wesen neben dem Herrn zu betrachten.[5] Es war nun natürlich, daß im Falle des Miteigentums an dem Sklaven im Rechtsverkehr die Person des Sklaven mehr in den Vordergrund trat. Es hätte sonst die äußerste Verwirrung enstehen müssen, wenn der Sklave die Rechtsgeschäfte des einen Herrn führen wollte und doch der Erwerb aus demselben an alle zusammen gefallen wäre.

Diesen Gedanken des vorgeschrittenen Rechts faßten nun die Proculianer in recht consequenter Weise dadurch auf, daß sie unter Aufrechterhaltung des aus Rücksicht für den Verkehr anerkannten selbständigen Sklavenwillens, den Sklaven für alle Herrn erwerben ließen, wenn er trotz des iussus eines Herrn für keinen besonders stipuliert hatte. Die Sabinianer dagegen halten an der ältern Rechtsregel fest, welche den selbständigen Willen des Sklaven weniger anerkennt und lassen demnach denselben in Gemäßheit des iussus des einen Herrn ausschließlich für ihn den Erwerb machen.

§ 25.

Befreit eine datio in solutum ipso iure oder ope exceptionis?

Eine Obligatio wird durch später eintretende Aufhebungsgründe entweder ipso iure zerstört, so daß mit ihrem Eintritt keine Obligatio mehr vorhanden ist oder ope exceptionis, so daß die Durchführung der vom Gläubiger geltend gemachten actio durch eine Einrede des Schuldners unmöglich gemacht wird. Von den einzeln Aufhebungsgründen einer Obligatio wirkt die solutio, das heißt die Leistung dessen, was als Inhalt der obligatorischen Verpflichtung wirklich geschuldet wird, ipso iure. Der Schuldner kann, wenn doch noch eine actio gegen ihn angestellt wird, geradezu dieselbe abweisen (infitiatio) ohne eine exceptio benützen zu müssen. Die Solution ist die gewöhnlichste Aufhebungsart einer Obligatio. Denn es braucht der Gläubiger nur eine solche Leistung anzunehmen, die der geschuldeten wirklich entspricht. Es hängt von seinem freien Willen ab, ob er etwas anderes für die Leistung annehmen will. Einigen sich nun Gläubiger und Schuldner dahin, daß statt der solutio eine datio in solutum eintreten solle, so hat eine solche Befriedigung des

---

[4]) Vgl. § 19 S. 59 der Abh.
[5]) Vgl. darüber und über das Folgende Pernice a. a. O. S. 120 ff.

Gläubigers jedenfalls die Wirkung, daß die ursprüngliche Verpflichtung getilgt ist; ob aber ipso iure oder nur ope exceptionis war unter den Schulen bestritten.[1] Die Proculianer wollen die in solutionem datio nur ope exceptionis wirken lassen, während sich die Sabinianer für eine ipso iure Aufhebung der Obligatio entscheiden.[2]

Die Frage nach den Entscheidungsgründen der Schulen ist notwendigerweise eng verbunden mit der nach dem Wesen und der Natur des Gegensatzes ipso iure und ope exceptionis. Welche Bewandtniß es jedoch mit dieser Unterscheidung gehabt, ist unter den Juristen sehr bestritten.[3] So wird von Einigen behauptet, daß der Begriff der römischen exceptio gleich unsrer Einrede ein rein processualer, lediglich formaler Natur sei. (Birkmeyer S. 5.)

Es ist diese Annahme fast von allen Neuern verworfen bezüglich der actiones in ius conceptae, dagegen adoptiert bezüglich der in factum conceptae (S. 7, 8). Aber auch diejenigen, welche der exceptio eine materiell rechtliche Natur zusprechen, sind unter einander wiederum nicht einig. So erklärt z. B. Hummel,[4] die exceptio beruhe lediglich auf der Duplicität des römischen Rechts als eines ius civile und honorarium (S. 13 ff), Eisele[5] die materielle Grundlage der exceptio, sei, objectiv gesprochen, die vom ius civile noch nicht recipierte aequitas, oder subjectiv prätorisches Recht (S. 25 ff), Birkmeyer[6] die Exceptionen seien ein Mittel des Kampfes der aequitas gegen die Rechtsstrenge; dieser Kampf aber werde im römischen Recht geführt nicht blos zwischen dem ius praetorium, als Vertreter des aequum et bonum und dem ius civile, sondern auch auf dem Boden des Civilrechts selber im bonae fidei iudicium, wo rigor iuris und aequitas kraft Civilrechts, ipso iure, neben einander herrschen. Allen diesen Ansichten entspricht recht treffend die dritte der von Pernice[7] der exceptio doli zugesprochenen Functionen, nämlich die, eine formlose Parteiabrede dadurch zur Hebung zu bringen. Diese Function erklärt einigermaßen die Controverse der Sabinianer und Proculianer. Während nämlich die Sabinianer durch

[1]) Gaius III. § 168. Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur. unde quaeritur. si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur quod nostris praeceptoribus placet; an ipso iure maneat obligatus, set adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.

[2]) Birkmeyer, die Exceptionen im bon. fid. iud. S. 13 Anm. 1.

[3]) Vgl. über diese Lehre Birkmeyer, wo eine Zusammenstellung aller diesbezüglichen Theorien gegeben ist.

[4]) Hummel, Berichtigung der gewöhnlichen Theorie über die Arten Verbindlichkeiten aufzuheben nach röm. und heut. Recht.

[5]) Eisele, die materielle Grundlage der Exceptio.

[6]) Birkmeyer a. a. O.

[7]) Pernice a. a. O. S. 116.

die consentiente creditore vorgenommenen datio in solutum die Obligatio als ipso iure untergegangen ansehen, erblicken die Proculianer in der Obligatio eine strenge Gebundenheit des Schuldners an die ursprünglich vereinbarte Leistung. Mit der datio in solutum sehen sie jedoch eine formlose Verabredung verbunden, diese ursprünglich vereinbarte Leistung nicht mehr fordern zu wollen, welche Verabredung eben jene Function der exceptio doli zur Geltung bringen soll. Auf diese Weise glauben die Proculianer vermittelst ihrer Entscheidung den Willen der Parteien besser aufrecht zu erhalten.

§ 26.

Die Proculianer sehen in der Hinzufügung oder Weglassung eines Bürgen keine für die Novation genügende Veränderung des Inhalts der ursprünglichen Obligation.

Der Zweck, eine bestehende Obligation aufzuheben, kann auch durch novatio erreicht werden. Es ist dies ein Vertrag des Inhalts, daß die aus dem bisherigen Schuldgrund geschuldete Leistung nicht mehr aus demselben, sondern aus einer nova causa gefordert werden solle. Die Novation war insofern ein sehr wichtiges Institut, als dieselbe für die Umwandlung der ursprünglichen Obligation in eine neue nicht Identität in den Obligationssubjecten verlangte; es konnte vielmehr sowohl ein neuer Gläubiger wie ein neuer Schuldner, ja sogar ein neuer Gläubiger und Schuldner in das obligatorische Verhältniß eintreten. Sollte nun die Novation einen Wechsel in den Subjecten der Obligation nicht bezwecken, so mußte sie durch irgend eine Modification des Inhalts der ursprünglichen Verpflichtung begründet sein, welcher Forderung Genüge gethan war, wenn z. B. eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung hinzugefügt oder weggelassen wurde; ob dies auch bezüglich eines Bürgen der Fall sei, war unter den römischen Juristen Gegenstand einer Controverse.[1] Nach dem Gaianischen Text zu urteilen stand die Ansicht der Proculianer mit der geltenden,[2] und auch Sabinianischen, im Widerspruch. Die Proculianer gehen nämlich von dem practischen Gedanken aus, daß durch Hinzufügung oder Weglassung eines Bürgen nach dem wahren Willen der Parteien der Inhalt der Obligation keine Aenderung erleiden, sondern nur die Ausübung derselben mehr oder minder gesichert werden solle. Während sie deshalb durch

---

[1]) Gaius III, § 177, 178. Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit: forte si condicio, vel sponsor, aut dies adiciatur, aut detrahatur. Sed quod de sponsore dixei, non constat. nam diversae scholae auctoribus placuit, nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detractationem.

[2]) § 3 J. quib. mod. III, 29 sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio aut dies aut fideiussor adiciatur aut detrahatur.

eine solche Modification keine novatio entstehen lassen, spricht sich die geltende Ansicht für die Begründung einer solchen aus. Daß sich die Sabinianer der Regel der Praxis angeschlossen haben, läßt sich mit Sicherheit aus dem Wortlaut des Gaianischen Berichtes folgern.[3]

§ 27.

Geht die Delictsklage dadurch unter, daß der einer fremden Gewalt unterworfene Damnificant in die des Beschädigten kommt?

Mit dem Wesen der römischen potestas, sowohl patria wie dominica war im Principe ein Verpflichtungsverhältniß zwischen dem Gewalthaber und Gewaltunterworfenen unvereinbar. Nur bezüglich des Peculium, wenn ein solches dem Sohne oder Sklaven eingeräumt war, konnte unter ihnen ein Obligatio entstehen, jedoch keine klagbare sondern nur eine obligatio naturalis. So erklärt es sich auch, daß selbst ein Delict des Sohnes oder Sklaven nicht die übliche actio noxalis begründete; eine solche war nicht nur während des Bestandes der potestas unzuläßig, sondern auch nach Beendigung des Gewaltsverhältnisses, mag dieselbe durch Freilassung, Emancipation oder auf irgend eine andere Weise bewirkt werden, konnte sie nicht angestrengt werden; denn die bestehende potestas hatte nicht blos die Ausübung sondern überhaupt die Entstehung einer Klage verhindert. Ein eigentümliches Verhältniß wurde nun begründet, wenn ein Haussohn oder Sklave gegen einen Fremden ein Delict verübte und bevor die actio noxalis durchgeführt war, in die Gewalt eben des Damnificaten gelangte. Ruhte dann nur die Ausübung der actio bis zur Beendigung der potestas oder ging die Klage selbst infolge der Begründung derselben ganz und gar unter? Über diese Frage waren die beiden Schulen nicht einig.[1] Die Sabinianer erklärten sich für den vollständigen Untergang der Klage, so daß sie dieselbe auch bei der Beendigung des Gewaltsverhältnisses nicht wieder aufleben ließen. Die Proculianer dagegen geben nur eine Ausübung während des Bestandes der potestas nicht zu, wohl aber für den Fall, daß der Damnificant von der Gewalt des Beschädigten befreit würde.

Der Gedankengang der Sabinianer war der, daß durch den Erwerb der Gewalt über den Damnificanten die Obligatio untergehen

---

[3]) Vgl. § 23 der Abh.

[1]) Gaius IV, § 78 . . . . unde quaeritur, si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi, et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio, an quiescat. nostri praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo actio consistere non potuit: ideoque licet exierit de mea potestate, agere me non posse. diversae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, cum ipse mecum agere non possim: cum vero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari.

müsse, da man gegen sich selbst keine Obligatio haben könne und überhaupt der Bestand einer solchen mit dem Wesen der potestas nicht vereinbar sei. Die Proculianer urteilen viel schärfer. Daß die Ausübung der Klage während der Dauer des Gewaltsverhältnisses sich mit demselben nicht vertragen könne, bestritten auch sie nicht. Es sei jedoch die Klage selbst, welche ja in einem früheren Momente zur Entstehung gelangte, nicht durch die potestas unmöglich gemacht worden, sie dauere deshalb fort, eine Ausübung erst mit der Beendigung des Verhältnisses wieder zulassend.

Die tiefern Gründe für die Proculianische Entscheidung dürften vielleicht in folgendem Momente zu suchen sein: Daß der Sklave oder der Haussohn, als Dannificanten, in die Gewalt des Beschädigten kamen, war jedenfalls nur ein mehr zufälliges Ausnahmeverhältniß, wie es z. B. infolge eines Anfalls durch ein Legat bei dem Sklaven hervorgerufen werden konnte. Hierbei haften die Erben aus den Delicten des Sklaven, die er noch zu Lebzeiten des Erblassers verübt hat, jedenfalls bis zur Bereicherung. Es erlitt nun der Dannificat in solchen und ähnlichen Fällen nach der Sabinianischen Entscheidung einen Verlust, da er durch den Erwerb der potestas über den Dannificanten die Erhebung einer actio noxalis unmöglich gemacht haben soll. Es ist deshalb die Proculianische Entscheidung für die Praxis viel zweckmäßiger, da sie, die Noxalklage nach Beendigung des Gewaltsverhältnisses wieder aufleben lassend, dem Beschädigten zu seinem Anspruch verhilft. Justinian hat sich für die Sabinianer erklärt, indem er ihre Begründung acceptiert.[2]

§ 28.

Die Sabinianer lassen für die noxae deditio eine einmalige mancipatio genügen.

Der römische pater familias stand ursprünglich als absoluter Herrscher an der Spitze der Familie. Seine Herrschaft beschränkte sich bezüglich der Descendenten nicht auf eine blose Disciplinargewalt, sondern sie umfaßte auch die richterliche Gewalt. Der Vater hatte das ius vitae ac necis und ein höchstens insofern beschränktes Verkaufsrecht, als er

---

[2]) § 6, J. de noxal. act. III, 8 Si servus domino noxiam commiserit actio nulla nascitur: namque inter dominum et eum, qui in eius potestate est nulla obligatio nasci potest. ideoque etsi in alienam potestatem servus pervenerit aut manumissus fuerit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate sit, agi potest. unde si alienus servus noxiam tibi commisserit et is postea in potestate tua esse coeperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta est, in quo consistere non potest: ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes . . . .

nur den mit seiner Einwilligung verheirateten Sohn nicht veräußern durfte. Ein solcher Verkauf des Sohnes innerhalb des römischen Territoriums versetzte den Sohn nicht geradezu in die Sklaverei, sondern brachte ihn in ein sklavenähnliches Verhältniß, in die mancipii causa. Durch die letztere war der mancipatus nicht völlig aus der Familie des Vater ausgeschieden, was besonders der Umstand beweist, daß er nach der Freilassung aus dieser der mancipii causa wieder in die alte patria potestas zurückfiel. Um nun den durch diese Folge hervorgerufenen Mißbrauch des väterlichen Verkaufsrechts zu verhindern, bestimmten die XII Tafeln, daß nach einer dreimaligen Mancipation des Sohnes derselbe von der väterlichen Gewalt endgültig befreit sein sollte. Jedoch verschwand der Verkauf immer mehr aus der Praxis und kam schließlich nur noch für die Zwecke der noxae deditio als reales Lebensverhältniß vor, wenn der Haussohn ein Delict begangen hatte. Es entsprach nämlich dem im römischen Recht zur Herrschaft gelangten Principe, daß der Gewalthaber nur durch Handlungen des Sklaven oder Sohnes direct berechtigt werden könne, die Haftung für Delicte dieser Personen. Von der Verpflichtung zur Zahlung des von seinem Sohne angerichteten Schadens konnte sich der Vater nur durch noxae deditio freimachen, das heißt durch Auslieferung desselben an den Verletzten zur Begründung der mancipii causa. Über diese noxae deditio bestand unter den Sabinianern und Proculianern die Controverse, ob auch hierbei eine dreimalige macipatio erforderlich sei oder ob eine einmalige genüge.[1]

Die Proculianer verlangten eine dreimalige mancipatio; jedoch sicher nicht im strengen Anschluß an die diesbezügliche Bestimmung der XII Tafeln, sondern, wie dies der Gaianische Text in den Worten „quia lege XII tabularum cautum sit, ne aliter filius de potestate patris exeat, quam si ter fuerit mancipatus“ selbst besagt, um eine definitive Beendigung der patria potestas durch ein solches Verkaufsrecht, das als ein geradezu unsittlicher Act in der Kaiserzeit nur noch höchst selten ausgeübt wurde, durch erschwerende Förmlichkeiten möglichst einzuschränken. Die Proculianer sehen demnach auf die Zweckmäßigkeit für den Verkehr. Die Sabinianer dagegen lassen eine einmalige mancipatio genügen, insofern streng die altrömische Regel der XII Tafeln befolgend, als nach ihrer Ansicht[1] dieselbe sich nur auf die emancipatio voluntaria bezog.

---

[1]) Gaius IV § 79. Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant, ter eum mancipio dari deberi, quia lege XII tabularum cautum sit (ne aliter filius de potestate patris) exeat, quam si ter fuerit mancipatus. Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt; tres enim lege XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere.

§ 29.

Ist der Beklagte zu liberieren, wenn er vor der Urteilsfällung den Kläger befriedigt?

Daß uns Gaius in IV § 114[1] eine Controverse der Sabinianer und Proculianer überliefert ist kaum, zu bezweifeln. Denn es ist mehr als wahrscheinlich, daß die im Texte vor „idem sentiunt" fehlenden Worte mit „diversae scholae auctores" zu ergänzen sind. Wenn nun auch die Thatsache der Existenz eines Schulstreits fast mit Gewißheit aus dem Gaianischen Berichte gefolgert werden muß, so ist doch der Gegensatz in den Ansichten der Sabinianer und Proculianer nicht mit absoluter Sicherheit festzustellen.

Den Gegenstand der Controverse bildet die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Beklagte, trotzdem er sich auf das iudicium eingelassen hat, den Kläger vor der Urteilsfällung befriedigt. Die Meinung der Sabinianer, welche in dem Texte noch vollständig gegeben ist, ging dahin, daß in einem solchen Falle der Richter den Beklagten im Urteile zu liberieren habe, welches iudicium auch vorliegen möge. Bezüglich der Entscheidung der Proculianer kann man infolge der geringen Anhaltspunkte, welche der Bericht gibt, nur Vermutungen aufstellen. Die Annahme, daß vielleicht die zweite Hälfte des disjunctiven Satzes „utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia . . . . ."[2] die Meinung der Proculianer ausspreche, muß man sofort aufgeben, wenn man die Worte „nec interesse, cuius generis fuerit iudicium" und „. . . . . . idem sentiunt"[2] in den Zusammenhang zu bringen sucht, indem sie höchst wahrscheinlich zu einander stehen. Durch die ersteren Worte dürfte nämlich der Kern der Streitfrage gegeben sein und darin liegen, daß die Proculianer nur für eine bestimmte Art von Processen eine mit der Sabinianischen Ansicht nicht harmonierende Entscheidung abgegeben haben; dagegen für andere Arten, wahrscheinlich für in rem und bonae fidei iudicia, stimmten sie, was die Worte „idem sentiunt" zu verraten scheinen, mit den Sabinianern überein. Justinian seinerseits hat die Ansicht der Sabinianer seiner Entscheidung zu Grunde gelegt.[3]

---

[1]) Gaius IV § 114. Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satis faciat actori, quid officio iudicis conveniret: utrum absolvere; an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere debere eum existimant: nec interesse, cuius generis fuerit iudicium. et hoc est, quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere omnia iudicia esse absolutoria . . . . , ... idem sentiunt . . . . in . . . . iudiciis liberum est officium iudicis. tantumdem . . . . , ... rem actionibus putant . . . .

[2]) Vgl. Anm. 1.

[3]) § 2 J. de perpet. et. temp. act. IIII, 12 Superest, ut admoneamus quodsi ante rem iudicatam is, cum quo actum est satisfaciat actori, officio iu-

Was nun die tiefern Entscheidungsgründe der Schulen anlangt, so sind sie auf Seiten der Sabinianer Analogie von den in rem und bonae fidei actiones auf alle andern Arten von Processen, auf Seiten der Proculianer Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit, auf die Opportunität. Sie statuierten nämlich ihre Ansicht, geradezu als eine Art von Abschreckungstheorie, um zu verhindern, daß die in verschiedenen Processen angedrohten Proceßstrafen vermieden würden:[4] so die poena dupli bei einer Reihe von actiones, bei welchen lis infitiando crescit in duplum, infamia bei der actio furti, de dolo malo u. s. w. u. s. w.[5]

---

dicis convenit eum absolvere, licet iudicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat: et hoc est, quod ante vulgo dicebatur omnia iudicia absolutoria esse.

[4]) So meint Keller, röm. Civilproceß S. 372, daß bei den meisten Absolutionen nicht Unschuld sondern Vergleich der Grund der Liberation war.

[5]) Vgl. hierüber Kuntze a. a. O. S. 183 ff.

Druckfehler=Berichtigung.

Seite 4 Zeile 3 von unten anstatt „prudentes" lies „prudentes. nam"
„ 5 „ 16 „ oben „ „Conrtoversen" lies „Controversen"
„ 8 „ 5 „ unten „ „dissimillimo" lies „dissimillimo."
„ 8 „ 3 „ „ „ „ff" lies „ff;"
„ 9 „ 5 „ oben „ „aetas" lies „aetas"
„ 9 „ 15 „ „ „ „in folge" lies „infolge"
„ 10 „ 19 „ „ „ „recifata" lies „recitata"
„ 14 „ 19 „ „ „ „fo" lies „so"
„ 15 „ 12 „ „ „ „sripturae" lies „scripturae"
„ 16 „ 19 „ „ „ nach dem Worte Gegensatz lies noch: „Zweckmäßigkeit auf Seiten der Proculianer und Anschluß an die Regel des Gesetzes oder der Praxis auf Seiten der Sabinianer"
Seite 18 Zeile 29 von oben anstatt „Verva" lies „Nerva"
„ 18 „ 30 „ „ „ „Verone" lies Nerone"
„ 19 „ 7 „ „ „ „Da" lies „Da=."
„ 21 „ 7 „ unten „ „in-" lies „iu-"
„ 23 „ 25 „ oben „ „in inre" lies „in iure"
„ 23 „ 8 „ unten „ „cessia" lies „cessa"
„ 23 „ 5 „ „ „ „sc" lies „sc."
„ 25 „ 5 „ oben „ „Atten" lies „Alten"
„ 25 „ 6 „ „ „ „entsagte" lies „entsagt"
„ 25 „ 18 „ „ „ „diese" lies „die"
„ 25 „ 7 „ unten „ „Besagung" lies „Lossagung"
„ 25 „ 2 „ „ „ „div" lies „div."
„ 27 „ 23 „ oben „ „zweckmäßigen" lies „zweckmäßigeren"
„ 27 „ 10 „ unten „ „idest" lies „id est,"
„ 28 „ 18 „ „ „ „dissolute" lies „dissoluta"
„ 28 „ 6 „ „ „ „T" lies „T."
„ 28 „ 3 „ „ „ „heredum" lies „heredem"
„ 28 „ 2 „ „ „ „institutio" lies „institutio."
„ 29 „ 3 „ „ „ „praecipitoe" lies „praecipito e"
„ 30 „ 3 „ „ „ „adque" lies „atque"
„ 31 „ 19 „ oben „ „gehen" lies „gehen. Letztere"
„ 31 „ 4 „ unten „ „conoicione" lies „condicione"
„ 32 „ 7 „ oben „ „iru" lies „an."
„ 32 „ 12 „ unten „ „indicio" lies „iudicio"
„ 33 „ 10 „ „ „ „ae" lies „ac"
„ 36 „ 14 „ „ „ „sivivo" lies „si vivo"
„ 36 „ 13 „ „ „ „heredes" lies „heredis"
„ 37 „ 9 „ „ „ „her" lies „her. inst."
„ 37 „ 4 „ „ „ „habet" lies „habet, qui"
„ 38 „ 18 „ oben „ „Gewaltverhältniß" lies „Gewaltsverhältniß"
„ 38 „ 18 „ „ „ „den" lies „dem"
„ 39 „ 16 „ „ „ „liegende," lies „liegende Zweckmäßigkeit"
„ 40 „ 8 „ „ „ „würden" lies „würden, bestanden,"
„ 43 „ 11 „ unten „ „ῥινοις" lies „ῥινοῖς"
„ 45 „ 9 „ „ „ „mand" lies „mand. III.,"